

SAMVÆRSRETT I BARNEVERNSSAKER

Samvær etter omsorgsovertakelse

Kandidatnr: 362

Veileder: Elisabeth Gording Stang

Leveringsfrist: 25. april 2005

Til sammen 17.966 ord

25.04.2005

Innholdsfortegnelse

1	<u>SAMVÆR ETTER OMSORGSOVERTAKELSE</u>	1
1.1	INNLEDNING	1
1.1.1	PRESENTASJON OG VALG AV TEMA	1
1.1.2	PROBLEMSTILLING	1
1.1.3	AVGRENSNING	2
1.1.4	VIDERE FREMSTILLING	2
1.2	KILDER OG METODE	4
1.2.1	METODISK TILNÆRMELSE	4
1.2.2	RETTSKILDER	5
1.3	GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER	7
1.3.1	LEGALITETSPRINSIPPET	7
1.3.2	BARNETS BESTE	9
1.3.2.1	Barneloven § 48	9
1.3.2.2	Barnevernloven § 4-1	9
1.3.2.3	Konflikt mellom barnets og foreldrenes interesser	12
1.3.2.4	Barnekonvensjonen art. 3	12
1.3.3	DET BIOLOGISKE PRINSIPP	13
1.4	FREMSTILLING AV GJELDENDE RETT	15
1.4.1	SAMVÆRSRETT ETTER LOV OM BARNEVERNTJENESTER § 4-19	15
1.4.1.1	Rettslig grunnlag	16
1.4.1.2	Hensyn bak lovbestemmelsen	16
1.4.1.3	Samvær	17
1.4.1.4	Plasseringens betydning	23
1.4.1.5	Nektelse av samvær	23
1.4.1.6	Minste inngreps prinsipp	27
1.4.1.7	Restriksjoner	28
1.4.1.8	Barnekonvensjonen art. 9	29
1.4.1.9	Barneverntjenestens oppfølgingsansvar	29
1.4.2	BARNETS MEDBESTEMMESESRETT	31
1.4.2.1	Barneloven § 31	31
1.4.2.2	Barnevernloven § 6-3	31
1.4.2.3	Barnekonvensjonen art. 12	33

1.4.3	SAMVÆR ETTER BARNELOVEN – EN SAMMENLIGNING	34
1.4.3.1	Barneloven § 43	34
1.4.3.2	Sammenligning	35
2	PRAKSIS	37
2.1	HØYESTERETTSAVGJØRELSE	37
2.1.1	HØYESTERETTSAVGJØRELSENS RETTSKILDEMESSIGE VERDI	37
2.1.2	PRESENTASJON AV MATERIALET	38
2.1.3	ANALYSE OG VURDERING	39
2.1.3.1	Plasseringens varighet	39
2.1.3.2	Samværets formål	40
2.1.3.3	Barnets alder	41
2.1.3.4	Barnets medbestemmelse	41
2.1.3.5	Stabilitet, forutsigbarhet og ro	42
2.1.3.6	Rettspraksis	42
2.1.3.7	Samværshyppighet	43
2.1.3.8	Restriksjoner	44
2.1.3.9	Enstemmighet/dissens	44
2.1.3.10	Andre momenter	45
2.1.4	SAMMENFATNING	46
2.2	FYLKESNEMNDSVEDTAK	46
2.2.1	GENERELT OM FYLKESNEMNDENE	46
2.2.2	PRESENTASJON AV MATERIALET	48
2.2.3	ANALYSE OG VURDERING	48
2.2.3.1	Plasseringens varighet	48
2.2.3.2	Samværets formål	50
2.2.3.3	Barnets alder	51
2.2.3.4	Barnets medbestemmelse	53
2.2.3.5	Stabilitet, forutsigbarhet, ro og struktur	54
2.2.3.6	Rettspraksis	55
2.2.3.7	Samværshyppighet	56
2.2.3.8	Restriksjoner	57
2.2.3.9	Enstemmighet/dissens	59
2.2.3.10	Andre momenter	60
2.2.4	SAMMENFATNING	61
2.3	VURDERING	62

2.3.1	KONKLUSJON PÅ PROBLEMSTILLING	62
2.3.2	SAMMENLIGNENDE VURDERING	63
2.3.3	RETTSPOLITISK VURDERING	64
3	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>67</u>

1 SAMVÆR ETTER OMSORGSOVERTAKELSE

1.1 INNLEDNING

1.1.1 Presentasjon og valg av tema

Oppgaven omhandler temaet samværsrett i barnevernssaker, nærmere bestemt samværsrett etter omsorgsovertakelse, jfr. lov om barnevernetjenester av 17. juni 1992 nr. 100 (heretter bvl.) § 4-12 jfr. § 4-19.

Oppgaven er en vurdering av nyere fylkesnemnds- og høyesterettspraksis samt relevante rettskilder for å redegjøre nærmere hvorvidt fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse følger faste retningslinjer, eventuelt hvilke kriterier som legges til grunn. Fylkesnemndsvedtak og Høyesterettsavgjørelser er valgt da de er henholdsvis første og siste instans i barnevernssaker.

1.1.2 Problemstilling

Oppgavens problemstilling er hvordan eller etter hvilke kriterier samværet fastsettes i fylkesnemndene og Høyesterett, herunder omfang, innhold samt spørsmål om restriksjoner m.m.

Utgangspunktet for drøftelsen er bvl. § 4-19 som lovfester rett til samvær for barn og foreldre etter omsorgsovertakelse. Nevnte lovbestemmelse vil bli nærmere redegjort for i oppgavens punkt 1.4.

Ytterligere grunnlag for drøftelsen er de grunnleggende prinsipper i barneretten. Prinsippene redegjøres for i punkt 1.3.

Dersom drøftelsen gjennom fortolkning av den utvalgte praksis viser at det ikke foreligger nærmere detaljerte retningslinjer for fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse enn det som følger av barnevernloven § 4-19, vil videre problemstilling bli hvorvidt det har dannet seg en fast og langvarig retts- og

fylkesnemndspraksis på området eller om det kan sies å ha oppstått rettslige prinsipper som danner retningslinjer for hvordan samvær i slike tilfeller bør eller skal fastsettes.

Det vil bli vurdert om og i hvilken grad fylkesnemndene anvender samme prinsipper og vurderingsmomenter som Høyesterett.

Oppgaven åpner videre for å se nærmere på hvorvidt Høyesterett har kommet med noen prinsipielle uttalelser vedrørende samvær etter omsorgsovertakelse samt om og i hvilken grad eventuelle prinsipielle uttalelser har fått betydning for senere fylkesnemnds- og rettspraksis.

1.1.3 Avgrensning

Oppgavens problemstilling medfører en avgrensning mot samvær i forbindelse med vedtak om hjelpetiltak jfr. bvl. § 4-4, 5 ledd, vedtak i akuttsituasjoner jfr. bvl. § 4-6, frivillig plassering jfr. bvl. § 4-7, forbud mot flytting av barn etter bvl. § 4-8, 1 ledd samt plassering i institusjon etter bvl. § 4-24. Dette vil derfor ikke bli nærmere behandlet i oppgaven.

Jeg avgrenser også mot redegjørelse av vilkårene for omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-8, 2 og 3 ledd og § 4-12 da jeg etter nærmere vurdering har kommet til at en slik redegjørelse vil gjøre oppgaven for omfattende.

Videre begrenser oppgaven seg til å omhandle samværsrett for det aktuelle barns foreldre, hvilket avgrenser mot drøftelse av rett til samvær for andre enn foreldrene, jfr. bvl. § 4-19, 3 ledd.

Jeg avgrenser mot nærmere drøftelse av samværsfastsettelse i fosterhjem kontra institusjon samt inngående drøftelse av psykologisk kunnskap da dette ville gjøre oppgaven for omfattende. Det avgrenses også mot behandling av andre lands rett vedrørende samværsfastsettelse etter omsorgsovertakelse.

1.1.4 Videre fremstilling

Det følger en redegjørelse av kilder og metode i punkt 1.2.

I punkt 1.3 redegjør jeg for de grunnleggende prinsipper i barneretten. Disse prinsippene er vesentlige momenter ved fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse.

I punkt 1.4 følger en fremstilling av samværsbestemmelsen i bvl. § 4-19, herunder minste inngreps prinsipp, internasjonale konvensjoner som EMK¹ og Barnekonvensjonen² samt relevant praksis vedrørende samvær fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter EMD). I tillegg følger en redegjørelse av barnets medbestemmelsesrett.

I punkt 1.4.3 foretas en sammenligning mellom samvær etter bvl. § 4-19 og samvær etter lov om barn og foreldre³. Dette fordi det i barneloven foreligger en klar beskrivelse av hva som anses som vanlig samvær i motsetning til hva som følger av samværsbestemmelsene i barnevernloven.

I punkt 2 presenteres den fylkesnemnds- og rettspraksis som jeg har valgt å se nærmere på, samt analyse og vurdering av dette materialet.

I punkt 2.3.1 følger en konklusjon på oppgavens problemstilling. Videre følger en sammenlignende vurdering av mitt utvalgte materiale opp i mot Hauglis doktoravhandling⁴ i punkt 2.3.2. Her belyses eventuelle likheter eller endringer i den utvalgte forvaltnings- og rettspraksis som kan ha festnet seg fra siste utgave av Hauglis doktoravhandling i 2000 og frem til i dag.

Avslutningsvis følger en rettspolitisk vurdering i punkt 2.3.3.

Annen juridisk litteratur som anvendes vil jeg redegjøre for fortløpende.

¹ Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon, inkorporert i norsk lov 21. mai 1999, nr. 30

² FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989, ratifisert av Norge 8. januar 1991

³ Lov 8. april 1981 nr. 7

⁴ Haugli, 2000

1.2 KILDER OG METODE

1.2.1 Metodisk tilnærming

Her vil jeg redegjøre for hvordan jeg metodisk har tilnærmet meg temaet og deretter gi en oversikt over det utvalgte rettskildematerialet.

Når det gjelder forvaltningspraksis, ble det søkt etter fylkesnemndsvedtak fattet etter 2000 basert på søkerordene "samvær" og "omsorgsovertakelse". Totalt ga søket 217 treff⁵. Det eldste vedtaket var fra 23. januar 2002. Jeg valgte derfor ut femten vedtak jevnt fordelt over årene 2002 til 2005, herunder fire vedtak fra 2002, fire vedtak fra 2003, fire fra 2004 og tre fra 2005. Vedtakene er fordelt slik at alle landets fylkesnemnder er representert.

Jeg plukket ut de vedtakene jeg fant var mest relevante for mitt arbeid, hovedsakelig vedtak om fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. Jeg har gått igjennom vesentlig flere vedtak enn de femten jeg anvender i oppgaven, men forkastet vedtak som i svært liten grad drøftet samværsspørsmålet samt vedtak hvor omsorgsovertakelse ikke ble vedtatt og som derfor ikke inneholdt noen samværsdrøftelse overhodet.

Søket etter Høyesterettspraksis ble basert på samme søkerord som for fylkesnemndene og ga 92 treff⁶. Elleve dommer og en kjennelse var avsagt etter 2000. Av disse plukket jeg ut seks dommer som skal vurderes nærmere. Da avgjørelsene i mitt utvalg skulle være dommer, valgte jeg å ikke se nærmere på den ovennevnte kjennelsen. De fem resterende dommene som ikke behandles er ikke relevante for oppgaven da de ikke innehar noen direkte drøftelse av samværsspørsmålet.

⁵ Sist oppdatert 20. april 2005

⁶ Sist oppdatert 20. april 2005

1.2.2 Rettskilder

Rettskildematerialet jeg har lagt til grunn i oppgaven er lovtekst, forarbeider og reelle hensyn i tillegg til forvaltnings- og rettspraksis, internasjonale konvensjoner samt juridisk litteratur. I tillegg har jeg vektlagt noe psykologisk kunnskap.

Barnevernloven § 4-19 fastslår en rett til samvær, men sier lite om hvordan samvær skal fastsettes. Jeg søkte derfor etter nærmere redegjørelse av lovteksten i barnevernlovens forarbeider, NOU 1985:18, Ot.prp.nr 44 (1991-92) og Innst.O. nr 80 (1991-92).

Forarbeidene kan gi retningslinjer til hvordan bestemmelsen skal og bør tolkes da de redegjør for lovgivers hensyn bak og formål med bestemmelsen. Dog er de retningslinjer som gis i barnevernlovens forarbeider forholdsvis vage da drøftelsene av samværsspørsmålet er knappe. Dette åpner for en vid skjønnsutøvelse hvor andre rettskilder enn lovtekst må vektlegges, herunder reelle hensyn. Med reelle hensyn menes vurderinger av hva som er rettferdig, rimelig, formålstjenlig eller lignende.⁷

Dette må vurderes spesielt i forhold til den kontekst samværsbestemmelsen inngår i. Hensynet til barnets beste er det overordnede mål for skjønnsutøvelsen og er gjennom bvl. 4-1 gjort til det avgjørende hensyn ved valg av barneverntiltak. Videre skal barnets egen mening vektlegges i skjønnsutøvelsen, jfr. bvl. § 6-3.

De reelle hensynene er nærmere redegjort for i punktene 2.1 og 2.2.

Barnevernlovens forarbeider henviser til barneloven og til den praksis som er utviklet med støtte i denne loven. Barneloven må derfor trekkes inn som rettskilde.

En annen vesentlig rettskilde er rettspraksis. Høyesteretts tolking og anvendelse av en lovbestemmelse sier mye om hva som er den rette måten å forstå bestemmelsen på. Dersom Høyesterett har kommet med en prinsipiell uttalelse vedrørende den aktuelle bestemmelsen som skal tolkes nærmere, gir dette klare anvisninger på bestemmelsens

⁷ Eckhoff, 2001, s. 24

innhold og betydning. Imidlertid har samværsspørsmålet vært behandlet av Høyesterett i forholdsvis få saker. Dommene i mitt utvalg er konkrete og skjønnspregede og det kan være vanskelig å trekke ut av domsgrunnene hva som har vært det avgjørende vurderingstema i den aktuelle sak. Etter hvert som flere Høyesterettsdommer tar for seg samværssaker vil de samlet sett kunne gi loven et mer presist innhold. Hovedtyngden av relevant praksis er derfor foreløpig underinstansavgjørelser.

Fylkesnemndsvedtak har liten rettskildemessig vekt, men har avgjort samværsspørsmålet i vesentlig flere saker enn Høyesterett.

Det som skjer i fylkesnemndene legger i stor grad premissene for videre utvikling i de sakene som går videre i rettssystemet. Vedtakene i mitt utvalg drøfter samværsspørsmålet i forholdsvis liten grad, dog kan det etter mitt syn trekkes tendenser ut av vedtakene.

En lovs eventuelle etterarbeider kan få juridisk betydning dels som rettskildefaktor og dels som rettslig signal for forvaltningens skjønnsutøvelse. Således er NOU 2000:12 anvendt som rettskildefaktor i oppgaven.

Videre har jeg vektlagt internasjonale konvensjoner, herunder Barnekonvensjonen og EMK, og relevant praksis fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol.

Barnekonvensjonen er vektlagt som rettskilde ved redegjørelsen av hensynet til barnets beste, det biologiske prinsipp, barnets rett til medbestemmelse samt samværsrett generelt. EMK er vektlagt som rettskilde i redegjørelsen av det biologiske prinsipp. Videre er praksis fra EMD vektlagt da slik praksis legger sterke føringer for avgjørelser av senere dommer på samme område.

Faglig kunnskap om barn kan bidra til å gi retningslinjene nærmere innhold, herunder psykologisk kunnskap om verdien av samvær. Slik kunnskap trenger dypere inn i den problematikken rettsreglene er gitt for å løse. Jeg har også anvendt som rettskilde juridisk litteratur og de teorier som fremmes der.

1.3 GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER

1.3.1 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er et grunnleggende prinsipp i norsk rett. Prinsippet er ikke nedfelt i grunnloven, men antas å ha grunnlovs rang i kraft av konstitusjonell sedvanerett.

Legalitetsprinsippet innebærer at forvaltningen ikke kan gripe inn i borgernes rettssfære uten hjemmel i kompetansegrunnlag eller i formell lov gitt av Stortinget. Formålet er å beskytte borgerne mot vilkårlighet fra forvaltningens side.⁸ Hjemmelskravet innebærer således en rettssikkerhetsgaranti i barnevernssaker ved at foreldre og barn sikres mot vilkårlige vedtak.

Dette utgjør grunnsteinen i domstolskontrollen med forvaltningen.

I forhold til fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse fungerer legalitetsprinsippet som en skranke for nektelse av samvær eller begrensning i samværsretten, da dette nettopp dreier seg om inngrep i privatrettslige rettigheter og slike inngrep krever lovhjemmel. Lovhjemmelen her følger av bvl. § 4-19⁹.

Vurderingen blir hvilke og hvor omfattende samværsrestriksjoner som kan pålegges. Lovens utgangspunkt om rett til samvær er basert på en presumsjon om at samvær er til det beste for barnet. Dette kan videre tilsi at før man kan konkludere med at samvær ikke er til det beste for barnet, må det foreligge en viss overvekt av negative hensyn. Videre drøftelse rundt rammene legalitetsprinsippet trekker i samværssaker, følger innfelt i punkt 2.1 og 2.2.

⁸ Knoph, 1998, s. 769

⁹ Nærmere redegjørelse av bvl. § 4-19 i punkt 1.4.1

Bestemmelsen i bvl. § 4-19 gir etter sin ordlyd svært vide fullmakter til den instans som skal fatte et vedtak om samværsrestriksjoner. Den gir hjemmel for både kvalitativ og kvantitativ regulering av samværet.

Når det gjelder graden av restriksjoner, vil de strengeste restriksjonene bestå i at samvær nektes i et angitt tidsrom eventuelt på ubestemt tid samt at barnets adresse sperres for foreldrene, jfr. bvl. § 4-19, 2 ledd. Kvalitative restriksjoner som tilsyn eller bestemte steder for gjennomføring av samværet kan også ilegges dersom hensynet til barnet tilsier det. Det er likevel ikke uten videre nok at eventuelle restriksjoner faller innenfor den ramme som trekkes av lovens ordlyd, restriksjonene må også falle innenfor det som ut fra lovens forarbeider eller formålsbetraktninger kan oppfattes som lovgivers intensjoner.

Ved en avgjørelse av hvor strengt hjemmelskrav som skal oppstilles i forbindelse med bvl. § 4-19, må det skje en avveining av den klassiske rettssikkerhetstenkning og hensynet til barnets beste. Dersom det stilles opp et for strengt eller firkantet hjemmelskrav, vil man risikere at hensynet til barnets interesser ikke blir godt nok ivaretatt. Spørsmålet er om man kan godta et mer moderat legalitetsprinsipp av hensynet til barnet.¹⁰

Det faktum at tvangens formål i barnevernssaker er ivaretagelse av barnets beste kan brukes som argument for å tolke barnevernlovens inngrepsbestemmelser utvidende.¹¹ Gjennom et krav om at praksis skal være saklig motivert og fremme lovens formål, vil man kunne forene hensynet til barnets interesser med foreldrenes rettssikkerhet.

Når det gjelder kravet til hjemmelens klarhet, vil svaret avhenge av inngrepets karakter. Jo mer inngripende vedtaket er, jo klarere hjemmel bør vedtaket ha. Dog må behovet for konkrete og skjønnsmessige vurderinger tas i betraktning.

¹⁰ Haugli, 2000, s. 215

¹¹ Smith, 1980, s. 292

1.3.2 Barnets beste

Hensynet til barnets beste er det altoverskyggende og grunnleggende prinsipp i barneretten. Hensynet skal ivaretas i alle saker hvor avgjørelser som angår barn fattes. Hensynet til barnets beste er nedfelt i barneloven § 48, barnevernloven § 4-1, Barnekonvensjonen art. 3 samt gjennom fast og langvarig rettspraksis.

1.3.2.1 Barneloven § 48

Det følger av barneloven § 48 at avgjørelser om hvor barnet skal bo fast, om samvær samt håndteringen av slike saker, først og fremst skal rette seg etter hva som er barnets beste.

Hensynet til barnets beste har vært lovgivers grunnsyn ved utforming av barneloven.¹² Det anføres videre at hensynet til barnets beste skal ligge til grunn for de avgjørelser som treffes både av de som har foreldreansvaret og av de offentlige myndigheter som skal ta standpunkt til konflikter mellom foreldre vedrørende barnet

1.3.2.2 Barnevernloven § 4-1

Barnevernloven § 4-1 sier at det skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til barnets beste ved anvendelse av bestemmelsene i bvl. kapittel 4. Alle tiltak som iverksettes overfor barn skal vurderes med hensyn til barnets beste som overordnet prinsipp. Eksempelvis må omfanget og hyppigheten av samvær etter omsorgsovertakelse avgjøres ut ifra hva som i det enkelte tilfelle er best for barnet.

Viktigheten av dette hensynet belyses av komiteen i Innst.O.nr.80 (1991-1992). Her ble det ansett som meget viktig at hensynet til barnets beste fikk en så sentral plassering som en "formålsparagraf" for kapitlet om særlige tiltak.

¹² Smith og Lødrup, 2004, s. 13

Vurderingen av hva som er barnets beste er ikke en fri vurdering, men en vurdering som foretas når man har konstatert at lovens øvrige vilkår for inngrep foreligger. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig til å iverksette tiltak at man etter en totalvurdering antar at det vil være til det beste for barnet, hvis lovens øvrige vilkår ikke er oppfylt. Dette følger av legalitetsprinsippet¹³ og er også gitt uttrykk for av Høyesterett. Førstvoterende i Rt. 1999 s. 1883 uttaler på side 1888:

”(...) det er ikke tilstrekkelig for at det offentlige skal overta omsorgen i slike tilfeller som barnevernsloven regulerer, at dette etter en totalvurdering fremstår som best for barnet.”

På den annen side kan man heller ikke vedta inngrep selv om lovens øvrige vilkår for det aktuelle inngrepet er til stede, dersom det ikke er grunn til å tro at det aktuelle inngrep vil være til det beste for barnet. Dette kommer direkte til uttrykk i barnevernlovens forarbeider hvor departementet uttalte at vedtak om omsorgsovertakelse ikke kan treffes dersom det tilbudet barneverntjenesten har til barnet, ikke fremtrer som bedre for barnet enn om barnet blir boende hos foreldrene.¹⁴ Barnets beste-prinsippet fungerer her som en skranke for eventuelle vedtak om inngrep. Dette må likevel ses i sammenheng med bvl. § 1-1 som ilegger kommunen plikt til å sikre nødvendig hjelp i rett tid. Plikten til å hjelpe følger av bvl. § 4-4, 2 ledd og faller ikke bort dersom det mangler gode tilbud.

Hva som er best for barnet skal vektlegges både ved vurderingen av om det skal settes inn tiltak overhodet og også ved vurderingen av hvilket tiltak som eventuelt skal settes inn.¹⁵

¹³ Redegjørelse av legalitetsprinsippet, punkt 1.3.1

¹⁴ Ot.prp.nr 44 (1991-92), s. 44

¹⁵ Ofstad og Skar, 1999, s. 44

Hovden og Kokkersvold (1998) hevder at dersom loven tilsier at det ”skal” treffes vedtak, eksempelvis slik det følger av bvl. § 4-4, er hensynet til barnets beste ikke en del av vurderingen. Dette fordi tiltak som er nødvendige også er til barnets beste. Dette skal tolkes varsomt da det ikke alltid er handlingsplikt uavhengig om handlingen er til barnets beste ved såkalte ”skal”-bestemmelser. Etter mitt syn medfører dette ikke riktighet da § 4-4 er moderert av foreldrenes rett til samtykke. Bvl. § 4-1 gjelder også i forhold til § 4-4 og kommer både inn i vurderingen av om barnet har ”særlige behov” for hjelp og ved valg av tiltak.

Det følger videre av barnevernloven § 4-1, 2. setning, at det skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt samt kontinuitet i omsorgen.

Dette taler mot å flytte barnet fra foreldrene, men taler også for å opprettholde kontakten etter omsorgsovertakelse. Det er således viktig å finne stabilt og varig plasseringssted for i best mulig grad å oppfylle barnets behov.

Andre setning taler også mot å flytte barnet tilbake til foreldrene etter lang plassering. Barnets beste-begrepet inneholder elementer som kan være motstridende hvilket er en av årsakene til at det ofte er uenighet om hva som er barnets beste i det enkelte tilfelle.¹⁶ Når det kommer til begrensning i kontakten mellom foreldre og barn, må det legges til grunn at dette, som nevnt, bare skal fastsettes av hensyn til barnets beste, jfr. bvl. § 4-1, og bare i det omfang som er nødvendig av denne grunn.

Det fremgår av NOU 2000:12 at hvert barn og hver familie unik og barnets beste forandrer seg over tid. Dette er momenter som kompliserer definisjonen av hva som er barnets beste. Slik kan innholdet i prinsippet om barnets beste endre seg alt etter som hva det konkrete grunnlaget for et vedtak eller en avgjørelse er.

Fylkesnemndenes fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse tas, slik jeg ser det, med bakgrunn i grundig vurdering av den konkrete situasjon, deriblant grunnen til

¹⁶ Gording Stang, 1995, s. 19

omsorgsovertakelsen og ikke minst vektas hensynet til foreldrenes lovfestede rett til samvær opp mot hva som anses å være til det beste for barnet. Begrepet er derfor normativt.

1.3.2.3 Konflikt mellom barnets og foreldrenes interesser

I NOU 2000:12 heter det at prinsippet om barnets beste tilsier at der barnets behov for omsorg og beskyttelse i praksis ikke er forenlig med foreldrenes interesser, må barnets interesser og behov gå foran. I visse tilfeller kan hensynet til foreldrene vektlegges. Eksempelvis dersom hensynet til barnets beste ikke gir veiledning ved usikkerhet rundt hva som bør bli resultatet av et vedtak.

Hensynet til barnets beste overskygger det biologiske prinsipp¹⁷, lovbestemmelser samt blant annet EMK art. 8, som verner om retten til respekt for familieliv for alle individer, således både foreldre og barn, dersom noe av dette skulle stride mot hva man anser å være til barnets beste.

Det samme følger av NOU 2000:12, s. 71, hvor det anføres at prinsippet om barnets beste tilsier at der barnets behov for omsorg og beskyttelse i praksis ikke er forenlig med foreldrenes interesser, må barnets interesser og behov gå foran.

1.3.2.4 Barnekonvensjonen art. 3

Barnekonvensjonen art. 3 nr.1 inneholder et grunnleggende direktiv om at barnets beste skal komme i første rekke ved handlinger som berører barn.¹⁸ Bestemmelsen er en prinsipperklæring, men gir ikke nærmere retningslinjer for hva som skal anses som barnets beste. Dette må innholdsbestemmes nærmere ut ifra hva slags sak som behandles.

¹⁷ Se punkt 1.3.3

Artikkel 3 nr. 2 omhandler statens ansvar for å sikre barnet nødvendig vern og omsorg. I Norge er statens overordnede ansvar for å sikre barn gode oppvekstvilkår hjemlet i bvl. § 1-1, 2 punkt og § 4-4, 1 ledd. Statens ansvar for å gi barn omsorg og underhold er dog subsidiært da det norske rettsystem og den norske rettsoppfatning bygger på prinsippet om at det er foreldrene som har det primære ansvaret for sitt barn.

I art. 3 nr. 3 pålegges statene å sørge for at institusjoner og tjenester som har ansvar for omsorg eller vern av barnet, oppfyller den fastsatte standard. Artikkelen inneholder ingen normer for hvilken standard institusjonene og tjenestene skal holde, konvensjonen setter kun en minstestandard for hvilke rettigheter et barn skal ha. Likevel betyr ikke dette at land som har en høyere standard på det vern de gir barn enn det barnekonvensjonen tilsier, kan sette ned denne standarden med henvisning til konvensjonen. Dette er således slått fast i art. 41.

Smith og Lørdup (2004) påpeker at art. 3 er et tolkingsprinsipp som får betydning for alle rettighetene som er hjemlet i loven.

Norsk lovgivning er utformet i tråd med intensjonene i artikkel 3.

1.3.3 Det biologiske prinsipp

Vår samfunnsstruktur bygger på at båndene mellom foreldre og barn anses å være grunnleggende for et barns oppvekst. Familielivet blir i svært stor grad vernet om i de fleste rettskilder, eksempelvis i lovtekst, forarbeider og rettspraksis. I lovteksten gjenspeiles dette ved at flytting av barnet fra familien er absolutt siste alternativ og forutsetter at mulige hjelpetiltak er anvendt uten at situasjonen har endret seg.

Selv om det ikke er uttrykkelig formulert i lovteksten, kommer det biologiske prinsipp til uttrykk i barnevernlovens forarbeider og i lovens oppbygning.

¹⁸ Detric, 1999, s. 85 flg.

Barnevernet ser på tilknytningen mellom barnet og dets biologiske foreldre som verdifull i seg selv. Brudd mellom barn og foreldre blir sett på som et traume for barnet og vurderingstemaet i barnevernssaker er derfor knyttet til hvordan dette traumet skal vektlegges i forhold til belastningen barnet utsettes for i form av omsorgssvikt og overgrep.¹⁹

Haugli sier i sin doktoravhandling at:

”Utfordringen består i å finne den riktige balansegangen, å sikre at barn som trenger det, får riktig hjelp til rett tid, samtidig som man har en tilstrekkelig beskyttelse mot unødvendige inngrep.”²⁰

Det anføres at barnevernets syn på foreldrenes betydning for barn under omsorg har endret seg. Tidligere syntes oppfatningen å være at det beste for barn i en vanskelig situasjon var å bryte kontakten med foreldrene. I den senere tid viser det seg å være en økende erkjennelse av at foreldrene er betydningsfulle i barnas bevissthet også når de ikke er ”gode nok” foreldre til å ha omsorg for barna.²¹

Barnevernets hovedproblem formuleres i NOU 2000:12 som å skulle ta vare på familien, men uten å tape av syne at familien kan være farlig for barn.

Det biologiske prinsipp er et grunnlag for den rettslige reguleringen av forholdet mellom foreldre og barn. Prinsippet er vernet av EMK art. 8 gjennom fastsettelse av individets rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.

¹⁹ NOU 2000:12, s. 70

²⁰ Haugli 2000, s. 30

²¹ NOU 2000:12

Det biologiske prinsipp vernes også i FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, art. 10²² og i Barnekonvensjonen.

Prinsippet fungerer mer som et generelt hensyn og et rettslig utgangspunkt i motsetning til hensynet til barnets beste som gjelder det enkelte barn og dets situasjon.

Disse to prinsippene er nært knyttet til hverandre. Barnets beste ivaretas av det biologiske prinsipp og omvendt i og med at det anses som best for barnet å ha samvær med sine biologiske foreldre. Likevel kan det oppstå konflikter mellom disse hensyn da det biologiske prinsipp først og fremst ivaretar foreldrene.

Det biologiske prinsipp kan også sies å ligge til grunn for hovedtanken om at omsorgsovertakelse kun er et midlertidig tiltak med tilbakeføring til biologiske foreldre som mål i de fleste tilfeller.

1.4 FREMSTILLING AV GJELDENDE RETT

1.4.1 Samværsrett etter lov om barneverntjenester § 4-19

Innledningsvis nevnes at vilkårene for omsorgsovertakelse fremgår av bvl. § 4-8, 2 og 3 ledd, samt i § 4-12. Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse plikter fylkesnemndene å ta stilling til samværsspørsmålet, jfr. bvl. § 4-19

²² Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 3. januar 1976, ratifisert av Norge 21. mai 1999

1.4.1.1 Rettslig grunnlag

Det rettslige grunnlag for samvær i barnevernssaker er bvl. § 4-19. Bestemmelsen om samvær ble først lovfestet i lov om barneverntjenester av 1992 som en kodifisering av fast og langvarig praksis.

Hovedregelen er at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre, dersom ikke annet er bestemt, jfr. bvl. § 4-19, 1 ledd. Første ledd gjelder generelt innenfor barnevernretten og får anvendelse på andre vedtak/tiltak i tillegg til omsorgsovertakelse. Reservasjonen ”hvis ikke annet er bestemt”, refererer seg i første rekke til situasjoner hvor det tidligere er truffet vedtak etter bl. § 44, om at den av foreldrene som ikke bor sammen med barnet, ikke skal ha rett til samvær. Dersom den barnet bor fast hos, senere plasserer barnet hos andre eller blir fratatt omsorgen for barnet, medfører ikke dette noen endring av den tidligere avgjørelse om samværsnektelse for den andre forelder. Det refererer også til tilfeller hvor det er besluttet å nekte samvær etter § 4-19, 2 ledd.

Lovteksten i bvl. § 4-19 gir i stor grad anvisning på skjønn og tolking av lovteksten kan derfor by på problemer. Dette fordi gjeldende rett er dynamisk med stadig ny rettspraksis, lovendringer og nye teorier og de resultater som fremtrer som riktige vil endres over tid. Skjønnsmessige ord og uttrykk tolkes i lys av samfunnsutviklingen og de verdisyn som råder til enhver tid. Skjønnsutøvelsen vil således variere i forhold til den ulike bakgrunnen hvert vedtak baseres på og det dermed kan bli vanskelig å angi det nærmere innhold helt presist. Likevel er ikke bvl. § 4-19 helt uten substans.

1.4.1.2 Hensyn bak lovbestemmelsen

Det biologiske prinsipp²³ er det grunnleggende hensyn bak bestemmelsen i § 4-19.

²³ Nærmere redegjørelse av det biologiske prinsipp i punkt 1.3.3

Det heter i NOU 2000:12 at

”Tilknytning til de biologiske foreldrene er i seg selv en ressurs for barnet.”

Når tilknytningen ikke kan ivaretas ved at barnet bor hjemme, anses samvær for å være den nest beste løsningen.

1.4.1.3 Samvær

Lovens ordlyd er som nevnt kun et utgangspunkt som konstaterer at det foreligger en rett til samvær. Det er mange momenter som må avveies av fylkesnemnda i en skjønnsmessig vurdering for å fatte et vedtak om en samvørsordning mellom biologiske foreldre og det aktuelle barnet.

Argumentasjonen for samvær er først og fremst verdibasert. I dette ligger at foreldre og barn hører sammen og de har derfor en selvfølgelig rett til samvær med hverandre.

Argumentasjonen er på samme tid forskningsbasert i den forstand at forskning har vist at det er viktig for barn å opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre, eventuelt at barn kan påføres psykiske og utviklingsmessige skader ved manglende samvær.²⁴

Det ble imidlertid fastslått sent på nitti-tallet at det ikke finnes godt nok forskningsmessig belegg for å hevde at samvær har klare positive konsekvenser for barnets trivsel og utvikling, for tilbakeføring eller for å hindre utilsiktet flytting.²⁵

På den annen side ble det heller ikke funnet godt nok forskningsmessig belegg for å hevde at samvær har klare negative konsekvenser.²⁶

²⁴ Ot.prp.nr 44 (1991-92), s. 51

²⁵ NOU 2000:12, s. 159

²⁶ Wolkind og Rushton, Child and adolescent psychiatry. Modern approaches, 3. utg., London, Blackwell Science, 1994. Vinnerljung, Fosterbarn som vuxna, Lund, Arkiv forlag, 1996. Quinton et al., Child Psychology and Psychiatry, nr. 3, 1997, s. 393-413

Det rådende hovedsyn er i dag, som tidligere, at samvær er til barnets beste.²⁷ Dog har synet på verdi og nødvendighet av samvær mellom barn og foreldre skiftet gjennom tiden. I noen perioder er biologiske bånd tyngst vektet, i andre perioder har ivaretagelsen av behov veid tyngst.²⁸

Lovverket ikke gir noen konkret anvisning på hvilke momenter som er sentrale i avveiningen av samværsomfang og dermed heller ikke om hvordan momentene skal vektes mot hverandre. Det anføres at dette er ett av to områder hvor fylkesnemndene står overfor manglende føringer og anvisninger ved fastsettelse av samvær. Heller ikke foreligger det noen retningslinjer for hva som anses å være "normalsamvær".

Det andre området hvor nemnda anføres å stå overfor manglende føringer og anvisninger, er at det ikke foreligger noen avklaring om samvær skal oppfattes som en rettighet eller som noe man etter en vurdering kan få.²⁹

Av den forvaltnings- og rettspraksis jeg har undersøkt nærmere fremgår det imidlertid klart at samvær er en rettighet etter bvl. § 4-19. Spørsmålet er heller, slik jeg ser det, hvor sterk en slik rettighet er. Man kan således spørre om samvær er en slik rettighet at tap eller begrensning i rettigheten må begrunnes særskilt.

Etter mitt syn er rett til samvær en hovedregel, jfr. bvl. § 4-19, og unntak fra denne regelen må begrunnes.

Haugli (2000) anser samvær å være en rettighet som nevnt ovenfor. Det anføres imidlertid at Haugli tar utgangspunkt i at samvær er en rettighet for foreldrene og ikke nødvendigvis for barnet.

Jeg finner at retten til samvær er en rettighet for både barnet og foreldrene og det er, etter mitt syn, også slik Haugli fremstiller det.

²⁷ Falck og Havik, 2000, s. 148

²⁸ NOU 1985:18 og Ot.prp.nr 44 (1991-92)

²⁹ Falck og Havik, 2000, s. 167

Denne gjensidige rettigheten til samvær fremgår ganske klart av lovens ordlyd i § 4-19, 1 ledd, hvor det heter at ”Barn og foreldre har (...) rett til samvær med hverandre.”

I barnevernlovens forarbeider mente departementet at barnets rett til samvær, i tillegg til foreldrenes rett, burde fremgå av lovteksten. Videre het det:

”Samværsrett er etter forslaget både ment å omfatte at foreldrene kan besøke barnet, og at barnet kan besøke foreldrene.”³⁰

De vedtakene og dommene jeg har sett nærmere på legger i de fleste tilfeller til grunn for samværsdrøftelsen den gjensidige rett til samvær som følger av bvl. § 4-19 samt hensynet til barnets beste, jfr. bvl. § 4-1. Det anføres ikke noe sted i mitt utvalg at samværet kun er en rett forbeholdt foreldrene.

Jeg må således si meg uenig i det utgangspunktet Haugli anføres å ta om at samværsretten er en rett for foreldrene og ikke nødvendigvis for barnet.

Momentene som inngår i fylkesnemndenes samværsfastsettelse er ikke tilfeldig valgt for hver vurdering. I stor grad baseres vurderingen på visse momenter som over tid har festnet seg som relevante ”fellesnevnerer” ved fastsettelse av samværsspørsmålet. Blant annet fremgår det av forarbeidene at spørsmålet om samværsrett henger sammen med spørsmålet om vedtakets varighet og hva som vil være målsettingen med vedtaket og at det i praksis vil være disse forholdene som bestemmer samværsrettens omfang.³¹

Dette behandles nærmere i punkt 2.1 og 2.2.

Hensynet til plasseringens varighet nevnes også i Rt. 1998 s. 787. Saken gjaldt fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse mellom en far og hans ti år gamle sønn.

³⁰ Ot.prp.nr 44 (1991-92), s. 51

³¹ Ot.prp.nr 44 (1991-92), s. 51

Her uttaler førstvoterende at:

”Hensynet til stabil og god voksenkontakt for barnet og kontinuitet i omsorgen kan ved omsorgsovertakelse medføre at et mer begrenset samvær må anses å være til det beste for barnet, jfr. barnevernloven § 4-1. (...) I de tilfelle omsorgsovertakelsen antas å være midlertidig og tilbakeføring ventes å finne sted innen rimelig tid, bør det sørges for at kontakten mellom de biologiske foreldrene og barnet holdes best mulig vedlike, jf uttalelsene i NOU 1985:18 side 162. Dette tilsier etter hvert hyppige samvær av noe lengre varighet. Hvis tilbakeføring ikke kan påregnes eller en tilbakeføring ligger langt frem i tid, tar samvær sikte på at barnet skal få kjennskap til sitt biologiske opphav med henblikk på en eventuell senere tilknytning når barnet vokser til. Hovedmålsettingen over tid må være at også mer begrenset samvær fungerer til barnets beste ut fra barnets følelser, interesser og behov.”

Haugli (2000) henviser til Toril Havik³² om to helt ulike syn som kan representere ytterpunktene i synet på hva som er barnets beste ved samværsfastsettelse. Den ene retningen – ”behovsretningen” – sier at det er den som drar omsorg for barnet over lang tid og som ivaretar barnets psykiske og fysiske behov som blir barnets psykologiske forelder. Derfor kan samvær med biologiske foreldre ved langvarig plassering forstyrre tilknytningen barnet skal få til sine nye foreldre og således hemme eller skade barnet i dets utvikling.

Den andre retningen – ”relasjonsretningen” – går ut på det motsatte, nemlig at barnets biologiske foreldre er barnets psykologiske foreldre, uansett hvordan de har tatt og tar vare på barnet. Denne retningen understreker at hyppig samvær med biologiske foreldre er svært viktig for barnet og gir barnet mulighet til å beholde relasjonen til sine foreldre

³² Haugli, 2000, s. 172 jfr. Havik, 1996, s. 6-7

som igjen vil gi barnet et bedre utbytte av de bedre oppvekstbetingelsene i fosterhjemmet.

Lov og forarbeider vektlegger ”relasjonsretningen”. Her anses viktigheten av samværsretten samt ivaretagelsen av relasjonen mellom foreldre og barn, i tillegg til hensynet til barnets beste, å være det grunnleggende hensyn.

I fylkesnemndsvedtakene jeg har undersøkt nærmere, viser det seg at de fleste vedtakene fastsetter samvær etter ”relasjonsretningen” og dermed i stor grad vektlegger viktigheten av samvær mellom barn og biologiske foreldre. Imidlertid viser det seg at i de vedtakene hvor omsorgsovertakelsen har funnet sted mens barnet var under tre år, er ”behovsretningen” vektlagt.

De utvalgte Høyesterettsavgjørelsene vektlegger alle ”relasjonsretningen” hvilket samsvarer med det som fremgår av lov og forarbeider. Imidlertid heller den sist avsagte Høyesterettsavgjørelsen, Rt. 2004 s. 1683, mer mot vektlegging av ”behovsretningen” fremfor ”relasjonsretningen”, slik jeg ser det. Her sier førstvoterende at hensynet til barnets behov for stabilitet og kontinuitet i fosterhjemmet tilsier at samværene med biologiske foreldre ikke bør bli for hyppige.

Dette drøftes nærmere i punkt 2.1 og 2.2.

Det må imidlertid påpekes at hver barnevernssak er ulik og samvær kan ikke alltid fastsettes ut ifra en av de ovennevnte retningene. Ordningen må i noen saker ”skreddersys” og det er i så måte positivt at loven åpner for skjønnsutøvelse og at det legges liten føring på vedtaksorganet.

Dersom det ikke er i strid med de forutsetningene som fylkesnemndene har lagt til grunn, er vedtaket ikke til hinder for å praktisere samværsretten mer fleksibelt og i

større omfang.³³ Dette er også påpekt i Rt. 1998 s. 787 hvor førstvoterende uttaler på s. 793:

”Jeg understreker at de bestemmelser som nå fastsettes av Høyesterett skal forstås som minimumssamvær. Dommen er ikke til hinder for at mer omfattende samvær praktiseres i forståelse med barneverntjenesten.”

Barneverntjenesten har således kompetanse til å utvide samværsretten, men ikke til å innskrenke den. Skulle etterfølgende omstendigheter føre til at barneverntjenesten mener at samværsretten bør begrenses i forhold til det som fremgår av fylkesnemndas vedtak, må barneverntjenesten legge frem forslag til nytt vedtak for fylkesnemnda. Inntil fylkesnemnda har truffet nytt vedtak i saken, må samværsretten fortsette som fastsatt i det gjeldende samværsvedtaket.

Annen samværsordning enn det fylkesnemnda har fastsatt kan ikke praktiseres av barnets foreldre eller fosterforeldre alene, men kun i forståelse med barneverntjenesten. Om samvær praktiseres i større grad enn vedtatt, gir det ikke foreldrene noen rett til utvidet samvær. Det er bare fylkesnemnda som har kompetanse til å fastsette rett til samvær.³⁴

I de avgjørelsene og vedtakene jeg har undersøkt nærmere, påpekes det ofte at det fastsatte samværet er et minimumssamvær og at det er opp til barneverntjenesten å innvilge hyppigere samvær dersom forholdene i etterkant av vedtaket tilsier det og en slik ordning antas å være til barnets beste. Dette redegjøres nærmere i punkt 2.1 og 2.2.

³³ Ot.prp.nr 44 (1991-92), s. 52 og Innst.O.nr 80 (1991-1992), s. ?

³⁴ Ofstad og Skar, 1999, s. 127

1.4.1.4 Plasseringens betydning

I barnevernlovens forarbeider har departementet søkt å presisere betydningen av å finne frem til et plasseringsalternativ som harmonerer med de forutsetninger som skal gjelde, eksempelvis med hensyn til samværsrett mellom barnet og foreldrene. Det anføres således at:

”Plasseringen bør ikke finne sted så lang borte at samværsretten av denne grunn ikke blir reell.”³⁵

I Olsson-saken³⁶ ble familiens tre barn plassert på tre forskjellige steder etter omsorgsovertakelsen, langt fra hverandre og langt fra foreldrene. Dette vanskeliggjorde samværsretten og EMD kom til at vedtaket innebar et klart brudd på EMK art. 8.³⁷

Da fosterhjem ikke finnes overalt, kan praksis bli at det geografiske plasseringssted blir avgjørende for hvilke samværsordninger som kan la seg gjennomføre.

Eksempelvis i Rt. 2003 s.425 ble avstanden mellom fosterhjem og biologisk mor vektlagt ved samværsfastsettelsen. Man får imidlertid ikke opplyst grunnen til den store avstanden eller om den har vært der fra plasseringen fant sted eller ikke.

1.4.1.5 Nektelse av samvær

Fylkesnemnda kan fatte vedtak om å nekte samvær, jfr. bvl. § 4-19, 2 ledd. Nektelse av samvær krever sterke grunner. Dette følger blant annet av EMK art. 8 om retten til respekt for familieliv som beskytter foreldrenes rett til samvær. Dette er fastslått i Den europeiske menneskerettighetsdomstolens praksis i tilknytning til denne bestemmelsen.

³⁵ Ot.prp.nr 44 (1991-92), s. 8

³⁶ Olsson mot Sverige, dom 24. mars 1988, serie A nr. 130

³⁷ Loftsgaard og Alstad, i Tjomsland (red.), 2003, s. 83

Nektelse av samvær er bare berettiget i ekstraordinære tilfeller og kan bare rettfærdiggjøres hvis tiltakene er motiverte av et dominerende hensyn til barnets beste. Blant annet er dette kommet til uttrykk i dommen fra 1996 i Adele Johansen-saken.³⁸ Moren hadde her blitt fratatt barnet umiddelbart etter fødselen og etter å ha utøvet samvær med barnet en kort periode ble det blant annet truffet vedtak om å nekte moren samvær med barnet. EMD kom til at barneverntjenestens vedtak om fratakelse av foreldreansvar og nektelse av samvær mellom den biologiske moren og hennes datter var i strid med Norges forpliktelser etter EMK art. 8.

I punkt 78 i dommen tar domstolen utgangspunkt i at omsorgsovertakelse normalt bør være et foreløpig tiltak med sikte på gjenforening, og at det må finnes en rimelig balanse mellom barnets interesse i å forbli i offentlig omsorg og foreldrenes interesse i å bli gjenforent med barnet. Domstolen vil ved en slik avveining legge spesiell vekt på hva som er til barnets beste.

Videre heter det i dommen at foreldrene ikke i særdeleshet kan være berettiget etter EMK art. 8 til at det treffes tiltak som vil skade barnets helse og utvikling.

NOU 2000:12 nevner i forhold til avgjørelser fra EMD at selv om det konstanteres at feil er begått, er muligheten for reparasjon ikke til stede i mange av sakene. Dette grunnet det lange tidsrom som går fra en sak starter i første instans til en avgjørelse fra EMD foreligger. Dette kan legge en føring på den praktiske nytten av en internasjonal etterprøving.³⁹

Selv om en slik avgjørelse ikke medfører endring i den aktuelle sak, vil avgjørelsen, etter mitt syn, legge føringer for liknende saker som behandles. På den måten vil avgjørelser fra EMD likevel ha stor praktisk nytte.

³⁸ Adele Johansen mot Norge, 07. august 1996, EMD 24/1995/530/616

³⁹ NOU 2000:12, s. 213

I forhold til samværsnektelse kom førstvoterende i Rt. 1998 s. 787 med følgende prinsipielle uttalelse:

”(...) en varig eller langsiktig omsorgsovertakelse ikke i seg selv er tilstrekkelig til å nekte samvær”.

Høyesterett tok i Rt. 2002 s. 908 stilling til om en mor som var fratatt omsorgen for sin datter, skulle nektes samvær med barnet. Etter å ha gjengitt uttalelsene i Adele Johansen-dommen uttalte Høyesterett på side 913 at

”(...)det kreves spesielle og sterke grunner for at hun skal fratas rett til samvær.”

Høyesterett besluttet å nekte samvær mellom mor og datter. Førstvoterende anførte at spørsmålet i denne saken var hvilken virkning morens psykiske problemer hadde hatt og kunne få for barnet. Barnet i denne saken ble anført å være et skadet og sterkt sårbart barn. Særlig barnets spesielle sårbarhet sett i sammenheng med morens adferd under de samværene som hadde vært gjennomført var viktig i denne vurderingen. Førstvoterende anså det som ikke forsvarlig å utsette barnet for en så stor risiko for skade som samvær med moren ville innebære. Dommen var for øvrig enstemmig.

Den belastning samvær med biologiske foreldre kunne komme til å påføre barnet veide her sterkere enn barnets behov for å ha kjennskap til sitt biologiske opphav.

Det ikke er noen hjemmel i barnevernloven for at barneverntjenesten kan treffe midlertidige vedtak om samvær når det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse. Dog kan barneverntjenesten nekte foreldrene samvær med barnet dersom barnet kommer i en reell faresituasjon under utøvelse av samvær.⁴⁰ Dette kan barneverntjenesten gjøre med

⁴⁰ Ofstad og Skar, 1999, s. 128-129

henvisning til et nødrettsgrunnlag, jfr. Almindelig borgelig Straffelov § 47.⁴¹ Denne bestemmelsen lar en ellers straffbar handling være straffri dersom den er utøvet i såkalt nødrett.

Å nekte foreldrene samvær med barnet ut ifra nødrettsbetraktninger, vil imidlertid bare kunne skje i de mest alvorlige tilfeller. Eksempelvis dersom det er tale om mishandling av barnet. Dersom barneverntjenesten nekter foreldrene samvær med barnet med henvisning til et nødrettsgrunnlag, må barneverntjenesten umiddelbart fremme sak for fylkesnemnda med forslag til nytt samværsvedtak.

I fylkesnemndsvedtakene jeg har undersøkt nærmere viser det seg at selv hvor det er tvilsomt om samvær er til barnets beste, blir samvær mellom foreldre og barn blir gitt i de fleste tilfeller, i større eller mindre grad. Det vesentligste argumentet for innvilgelse av samvær i tilfeller hvor nemnda har vurdert om samvær i det hele tatt bør forekomme, har vært det biologiske prinsipp. Man har ansett verdien av å ha kjennskap til sine biologiske røtter som grunnleggende. Også der hvor barnets behov for samvær ikke er til stede på vedtakstidspunktet, har det blitt vurdert dit hen at kjennskapet til biologiske foreldre mest sannsynlig vil bli verdifullt for barnet i fremtiden. Eksempelvis i vedtak av fylkesnemnda for sosiale saker i Nordland, FNV-2003-110-NOR, ble det innvilget samvær selv om dette stred mot barnets ønske. Saken gjaldt spørsmålet om moren skulle nektes samvær med sin ti år gamle datter som hadde vært i fosterhjem i seks år. Barnet opplevde samværet som belastende og hadde ytret ønske om å få ro i sitt fosterhjem. Fylkesnemnda mente at det ikke forelå sterke nok grunner til å nekte samvær og fattet vedtak om ett samvær årlig med tilsyn. Grunnlaget var at jenta i fremtiden kunne komme til å etterspørre kjennskap til sin biologiske familie. Selv om hun tydelig viste utilpasshet ved samværene med moren, mente fylkesnemnda at dersom det ble ilagt tilsyn, ville samværene kunne forløpe uten særlige skadevirkninger for barnet.

⁴¹ Lov 22. mai 1902 nr. 10

Dette viser hvor sterkt det biologiske prinsipp står. Selv hvor barnet ikke ønsker samvær og tydelig viser utilpasshet ved samværet, blir ikke samvær nektet.

1.4.1.6 Minste inngreps prinsipp

Det minste inngreps prinsipp går ut på at det ikke skal gjøres mer vidtgående tiltak enn det som er nødvendig ut ifra situasjonen.

Prinsippet får betydning i forhold til samværsfastsettelse eksempelvis ved vurderingen mellom å nekte samvær eller fastsette samvær med restriksjoner. Dersom det er forenlig med barnets beste, taler minste inngreps prinsipp for å vedta samvær med restriksjoner fremfor å nekte samvær. Som eksempel viser jeg til fylkesnemndsavgjørelsen i punktet ovenfor (FNV-2003-110-NOR).

Generelt gir barnevernloven adgang til visse tiltak fra barneverntjenestens side. Først og fremst kan det iverksettes hjelpetiltak i hjemmet med foreldrenes samtykke, jfr. §§ 4-4 og 4-6. Videre kan hjelpetiltak iverksettes i hjemmet som tvang, jfr. § 4-4.

Barneverntjenesten kan formidle plass utenfor hjemmet i form av frivillig omsorg i fosterhjem eller institusjon eventuelt tvungen omsorg utenfor hjemmet, jfr. §§ 4-4, 4-8 og 4-12. Det mest inngripende tiltak barneverntjenesten kan iverksette er tvangsadopsjon av barnet, jfr. § 4-20.

Det er en forutsetning for iverksettelse av tiltak at barnevernet vurderer om mindre inngripende tiltak kan være tilstrekkelige.

Barnevernloven § 4-12, 2 ledd, er et direkte uttrykk for det minste inngreps prinsipp.

Prinsippet henger også sammen med hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp. Dette fordi det biologiske prinsipp som nevnt baserer seg på at barnets beste i de fleste tilfeller er å være hos sine biologiske foreldre.

Allerede i Odelstingsproposisjonen til barnevernloven av 1953, fremgår det at en bare i nødsfall bør skille barn fra foreldrehjemmet.⁴² Høyesterett ga således sin tilslutning til dette på s. 770 i Rt. 1982 s. 764. Dette var den første Høyesterettsdom om barnevernloven av 1953. Lindboe (2003) hevder at det ikke forekommer noe i bestemmelsene eller i forarbeidene til dagens barnevernlov som tilsier større adgang til å flytte barn fra foreldrene enn etter loven av 1953.

1.4.1.7 Restriksjoner

I og med at fylkesnemndene kan nekte samvær, må nemnda også kunne gjøre det mindre, herunder legge visse restriksjoner på samværet. Eksempelvis samvær med tilsyn. Vedtak om tilsyn kan ikke treffes for å være på ”den sikre siden”. Dette ville være et brudd på legalitetsprinsippet og i tillegg et brudd på det mildeste inngreps prinsipp som innebærer at det ikke kan treffes mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig. Dette anføres også av Ofstad og Skar.⁴³

Samværsrestriksjoner drøftes nærmere i punkt 2.1.

Fylkesnemnda kan i tillegg bestemme at barnet skal plasseres på hemmelig adresse og at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er. Denne bestemmelsen kan benyttes i tilfeller der foreldrenes kunnskap om hvor barnet befinner seg kan innebære en sikkerhetsrisiko for barnet eller for de som utøver omsorgen for barnet. Eksempelvis dersom det foreligger en reell fare for kidnapping eller trakassering av fosterforeldre eller institusjonspersonale.

Videre kan det også stilles som vilkår at foreldrene skal være rusfrie under samvær og at de om nødvendig må avgi urinprøve på forhånd for å dokumentere dette.

⁴² Lindboe, 2003, s. 21

⁴³ Ofstad og Skar, 1999, s. 127

Slike restriksjoner må imidlertid være saklig begrunnet og nødvendige av hensyn til barnets beste.

1.4.1.8 Barnekonvensjonen art. 9

Retten til samvær etter omsorgsovertakelse er også hjemlet i Barnekonvensjonen, art. 9. Her er det barnets rett til samvær som er i varetatt. Det heter i art. 9, nr.3, at partene skal respektere den rett et barn som er atskilt fra en eller begge foreldre, har til

”(...) å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene på et regelmessig grunnlag, med mindre dette er i strid med barnets beste.”

Det er mest nærliggende å tolke uttrykket ”direkte kontakt” slik at det omfatter samvær med foreldrene. Dog oppstilles det også her et vilkår om at denne kontakten må være til barnets beste.⁴⁴ Regelen i bvl. § 4-19 er i samsvar med konvensjonsbestemmelsen om samvær.

1.4.1.9 Barneverntjenestens oppfølgingsansvar

Det følger av bvl. § 4-16 at barneverntjenesten skal følge utviklingen til de barn som det er truffet vedtak for, og likeledes utviklingen til deres foreldre.

Barnevernets oppfølgingsansvar er ifølge departementet svært viktig. Derfor ble det i forarbeidene foreslått at et slikt oppfølgingsansvar ble inntatt i barnevernloven.⁴⁵

⁴⁴ Detrick, 1999, s. 171

⁴⁵ Ot.prp.nr 44 (1991-92), s. 47

Oppfølgingsansvaret innebærer en plikt for barneverntjenesten overfor barnet til fortløpende å vurdere om tiltaket fungerer etter sitt formål og om barnet får den omsorg og den behandling som er forutsatt i vedtaket.⁴⁶

Videre innebærer oppfølgingen en plikt til å vurdere og til eventuelt å foreslå endringer som barneverntjenesten finner nødvendige. Eksempelvis gi barn eller fosterforeldre ekstra hjelpetiltak. Oppfølgingen fungerer som en kvalitetssikring av det vedtaket fylkesnemnda har fattet. Denne bestemmelsen kan gi en trygghet for sakens parter at det vedtaket som er fattet er det rette.

Hovedformålet med bvl. § 4-16 er at barneverntjenesten skal bidra til at foreldrene igjen kan overta omsorgen for barnet. Bidraget kan bestå i råd og veiledning til foreldrene og/eller hjelpetiltak. Barnevernet skal ifølge forarbeidene vurdere om en eventuell bedring av foreldrenes omsorgsevne er så tilfredsstillende at det må fremmes forslag til nemnda om opphevelse av omsorgsovertakelse, jfr. bvl. § 4-21.⁴⁷ Det lovbestemte oppfølgingsansvaret gjelder så lenge vedtaket består.

Ved langvarig plassering kan barnevernets oppfølging bestå i en fortløpende vurdering av den fastsatte samværsordning slik at ordningen til enhver tid er til det beste for barnet.

Oppfølgingsansvar etter omsorgsovertakelse følger også av Barnekonvensjonen art. 25. Dette drøftes ikke nærmere da det vil gjøre oppgaven for omfattende.

⁴⁶ Ofstad og Skar, 1999, s. 114

⁴⁷ Ot.prp.nr 44 (1991-92), s. 47 og Innst.O.nr. 80 (1991-1992), s. 25

1.4.2 Barnets medbestemmelsesrett

Barns rett til medbestemmelse og til å bli hørt er en av barnas selvstendige rettigheter og følger av bl. § 31, bvl. § 6-3 og Barnekonvensjonen art. 12.

Som utgangspunkt gjelder det at foreldrene fatter beslutninger på barnets vegne inntil barnet når myndighetsalder. Dette er en del av foreldreansvaret som skal utøves ut fra barnets interesser og behov. Foreldreansvarets innhold følger av barneloven § 30.

1.4.2.1 Barneloven § 31

Ifølge bl. § 31 skal barn over syv år høres før avgjørelser tas om personlige forhold som vedrører barnet. Barnets mening skal vektlegges alt etter barnets alder og modenhet.

Også barn som er yngre enn syv år har rett til å uttale seg såfremt de er i stand til å danne seg egne synspunkter på det saken dreier seg om, jfr. bl. § 31, 1 ledd.

Etter fylte tolv år, skal barnets mening tillegges stor vekt, jfr. bl. § 31, 2 ledd, siste punktum.

Barneloven § 31 har som formål å generelt sikre barnets uttalerett og rett til informasjon. Dette prinsippet er ansett som så viktig at det også er tatt inn i barnevernloven § 6-3. Imidlertid presiseres det i forarbeidene at bl. § 31 antas å gjelde også for saker som behandles etter barnevernloven.⁴⁸

1.4.2.2 Barnevernloven § 6-3

Barnets rett til medbestemmelse i barnevernssaker følger av bvl. § 6-3, som redegjør for barns rettigheter under saksgangen.⁴⁹

⁴⁸ Ot.prp.nr 44 (1991-92), s. 80

⁴⁹ Innst.O.nr 92 (2002-2003), s.15

Barn som er fylt syv år skal informeres og gis anledning til å uttale seg før avgjørelse tas i en sak som berører han eller henne. Syv år er likevel ingen absolutt nedre grense da retten til å uttale seg også innehas av yngre barn, såfremt de er i stand til å danne seg egne synspunkter.

På samme måte som i bl. § 31, skal barnets mening tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet. Videre danner reglene en rett for barnet til å uttale seg, men ingen plikt. Ønsker ikke barnet å uttale seg, skal det heller ikke tvinges til det.

Aldersgrensen for når barnets skal høres har nylig blitt nedsatt fra tolv til syv år.

Lovbestemmelsen ble endret i forbindelse med inkorporasjonen av FNs konvensjon om barnets rettigheter. Dette for å sørge for at praksis kom i bedre overensstemmelse med konvensjonen.

Barnet skal holdes orientert og sikres muligheten til å påvirke viktige avgjørelser som gjelder barnet selv. Å ikke bli hørt og forstått i spørsmål som gjelder eget liv kan virke ødeleggende på barns utvikling.

Ifølge NOU 2000:12 strider det også med hensynet til barnets beste å overse barns rett til å bli hørt.

Barnevernloven § 6-3 innebærer at de myndigheter som arbeider direkte med enkeltsaker i barnevernet plikter å sørge for at barnet er tilstrekkelig informert og gis anledning til å uttale seg.

Barnevernslovens forarbeider påpeker at ved vurderingen av hva som er til barnets beste må momenter som det biologiske prinsipp og barnets egen mening tillegges vekt.⁵⁰

Barnets egne ønsker skal imidlertid ikke vektlegges i den grad de strider med hva som antas å være barnets beste.

⁵⁰ Innst.O.nr. 80 (1991-1992), s.13 og Ot.prp.nr 44 (1991-92), s.28

Barnets medbestemmelse kan ikke, etter mitt skjønn, ha avgjørende vekt i barnevernsaker. Barnets mening kan ofte være farget av sympati med en eller begge av foreldrene eller barnet føler seg forpliktet til å være lojal mot sine biologiske foreldre. Barn kan videre føle seg presset til å ytre ønske om samvær med foreldrene selv om dette ikke er barnets egen mening. Et annet moment er at barn ikke har samme evne til konsekvenstekning som voksne. Små barn tenderer å forholde seg til nåtid og evner ikke i samme grad som eldre barn å se utfallet av det de ønsker over tid. Eksempelvis var ikke barnas mening utslagsgivende i Rt. 1998 s.1702. Saken gjaldt spørsmål om omsorgsovertakelse for fem brødre i alderen 4 til 14 år. Høyesterett uttalte her at bestemmelsen i bvl. § 6-3 ikke innebærer at barnets mening uten videre skal følges.

Reglene for barns partsrettigheter følger av bvl. § 6-3, 2 ledd.

Barn kan som hovedregel gjøre partsrettigheter gjeldende fra fylte 15 år. Forutsetningen er at barnet forstår hva saken gjelder. Det må særskilt begrunnes i barnets forhold dersom et barn som er fylt 15 år skal kunne fratas muligheten til å gjøre partsrettigheter gjeldende. Det er også mulighet for fylkesnemnda å innvilge et barn under 15 år partsrettigheter i særlige tilfeller.

1.4.2.3 Barnekonvensjonen art.12

Barnets rett til å gi uttrykk for sine synspunkter er nedfelt i FNs konvensjon om barnets rettigheter art. 12. Retten til å uttale seg er formet generelt, hvilket betyr at tolkingen av artikkelen byr på skjønnsmessige vurderinger som det må være opp til det enkelte land å foreta.

Barnets uttalerett etter barnekonvensjonen gjelder uavhengig av alder. Bestemmelsen gir det enkelte barn en selvstendig rett til å uttrykke seg om forhold som berører det, såfremt det er i stand til å dane seg egne synspunkter på det saken gjelder. Videre skal

barnets uttalelser vektlegges i forhold til barnets alder og modenhet. Barnet har således ikke bare en rett til å uttale seg, men også en rett til å kreve at uttalelsene blir hørt.⁵¹

Den norske lovgivning har imidlertid, som nevnt, satt aldersgrenser for graden av vekt som skal tillegges barnets uttalelser.

1.4.3 Samvær etter barneloven – en sammenligning

Under dette punktet vil jeg foreta en kort sammenlignende drøftelse mellom barnelovens og barnevernlovens samværsbestemmelser.

1.4.3.1 Barneloven § 43

I barneloven § 43 heter det at den som barnet ikke bor sammen med, har rett til samvær med barnet dersom ikke annet er avtalt eller fastsatt. Det er mulighet for foreldrene til å avtale omfanget av samværsretten. Her har man en avtalefrihet som naturlig nok ikke forekommer i barnevernloven ved fastsettelse av samvær etter tvungen omsorgsovertakelse. Men denne avtalefriheten har man eksempelvis ved plassering etter bvl. § 4-4, 5 ledd. Jeg drøfter ikke avtalefrihet nærmere grunnet plasshensynet i oppgaven.

Dersom ikke foreldrene kommer til enighet vedrørende deling av omsorgsrett og samvær, kan retten, etter at foreldrene har vært til obligatorisk mekling, fastsette at barnet skal bo hos en av dem og at den andre skal ha samvær, jfr. bl. § 36.

Videre følger det av bl. § 43, 2 ledd, at dersom det avtales ”vanlig samværsrett” innebærer dette en rett til å være sammen med barnet en ettermiddag i uken, annenhver helg, 14 dager i sommerferien samt jul eller påske.

⁵¹ Detrick, 1999, s. 213 flg.

Lovgiver har her laget en mal for hva som anses som ”vanlig samvær” og som retten kan følge når samvær skal fastsettes. Samværet kan tilpasses den individuelle situasjon. Dette avhenger imidlertid av partenes påstander og den konkrete situasjon.

Det kan fastsettes mer omfattende samvær enn det som følger av ”vanlig samvær”.

Dette samværet kan gå helt opp til 50 % av tiden. Begrenset samvær kan også fastsettes, med muligheter for endring når barnet blir eldre.⁵² Samvær kan nektes etter barneloven dersom utøvelsen av samværsretten med rimelig grad av sannsynlighet vil være uheldig for barnet, dersom barnet ikke ønsker samvær, dersom det foreligger en reell fare for at barnet kan bli bortført eller ved mistanker om seksuelle overgrep m.m. På samme måte som i barnevernssaker skal det dog meget til for at samvær skal nektes.

1.4.3.2 Sammenligning

Samværets omfang etter barnevernloven fastsettes ikke på samme måte som etter barneloven. Lovteksten i barnevernloven fungerer kun som et utgangspunkt med forutsetning om en skjønnsvurdering med bakgrunn i ulovfestede momenter.

I Rt. 1998 s. 787, gis det uttrykk for at det er forskjell på samværsfastsettelsen etter barneloven og samværsfastsettelse etter barnevernloven. Førstvoterende uttalte i den forbindelse at:

”Hensynet til stabil og god voksenkontakt for barnet og kontinuitet i omsorgen kan ved omsorgsovertakelse medføre at et mer begrenset samvær må anses for å være til beste for barnet, jf barnevernloven §4-1. Legaldefinisjonen av vanlig samværsrett i barneloven §44 a annet ledd gir ikke et utgangspunkt for å fastsette samværets omfang etter barnevernlovens bestemmelser, jf Rt-1996-1684 på side 1694.”

⁵² Smith og Lødrup, 2004, s. 147

Førstvoterende i saken anførte at det foreligger ganske andre momenter som bør vektas i vurderingen av fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse enn etter separasjon og skilsmisse, deriblant plasseringens antatte varighet og barnets beste.

Dog anføres det i forarbeidene at ved valg av samværløsning rent teknisk, kan det være grunn til å søke veiledning i bl. § 44.⁵³

Barneloven har på samme måte som barnevernloven ivaretagelse av barnet beste som hovedhensyn, jfr. bl. § 48. Likevel vil hva som er barnets beste kunne fremtre som ganske forskjellig i fastsettelsen av samvær etter barneloven enn etter barnevernloven. Når det gjelder samværsfastsettelse etter barnevernloven berører dette i de fleste tilfeller barn som har opplevd alvorlig omsorgssvikt og som har et sterkt behov for ro, stabilitet og forutsigbarhet. Disse barna har ofte traumer på grunn av det livet de har levd med sine biologiske foreldre og derfor kan samværet oppleves som belastende fremfor berikende. Samvær som fastsettes etter barnelovens regler vedrører barn som i de fleste tilfeller lever i omsorgsfulle omgivelser, men som har opplevd et samlivsbrudd hos sine foreldre og som resultat av dette må det fastsettes en ordning slik at barnet får mest mulig samvær med begge foreldrene.

Man kan således spørre om det stilles høyere krav til samværets kvalitet etter barnevernloven enn etter barneloven. Eksempelvis vil en forelder med psykisk dårlig helse og/eller et rusproblem kunne få samvær med sitt barn etter samlivsbrudd, mens en slik forelder nok har mindre mulighet til å få innvilget samvær etter omsorgsovertakelse. Dette grunnet de ulike hensyn bak samværet og samværets innhold etter omsorgsovertakelse i forhold til etter samlivsbrudd.

Videre kan man spørre hvorvidt det kreves mer av samværsforeldrene etter barnevernloven enn etter barneloven. Ved sak om samvær etter omsorgsovertakelse må foreldrene vise seg "skikket til" samvær med sitt barn. Samværet med dem må fastslås å

⁵³ Ot.prp.nr 44 (1991-92), s.112

være til det beste for barnet. Samværsordningen er under vurdering hele tiden i forhold til barnets behov og mulighetene for tilbakeføring.

Ved fastsettelse av samvær etter barneloven er det også et vilkår at samværet skal være til barnets beste, likevel foreligger det som hovedregel intet krav om ”skikkethet” for å få samvær med barnet etter samlivsbrudd. Dette kommer naturlig da foreldre som ønsker samvær etter samlivsbrudd i de fleste tilfeller har foreldreansvar og omsorgsrett for sine barn og dermed har den fulle og hele rett til å bestemme over dem, mens foreldre som ønsker samvær etter omsorgsovertakelse allerede har vist seg uskikket til å ivareta sitt barns beste og dermed må vise tilstrekkelig ”skikkethet” til det samværet de ønsker. Det foreligger således en vesensforskjell i grunnlaget for fastsettelse av samværet etter de to lovtekstene. Denne ulikheten blir etter mitt syn ivaretatt ved at det stilles flere og strengere krav til samværsfastsettelse etter barnevernloven enn etter barneloven.

2 PRAKSIS

Utgangspunktet for analysen av forvaltnings- og rettspraksis har vært å redegjøre for hvordan fylkesnemndene og Høyesterett fastsetter samvær etter omsorgsovertakelse samt hvilken vekt som tillegges de få fastsatte momenter som allerede eksisterer. Disse momentene nevnes i lovens forarbeider samt i rettspraksis og juridisk teori som retningslinjer ved fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse. Det dreier seg eksempelvis om plasseringens lengde, samværets formål, barnets alder og grunnlaget for omsorgsovertakelsen. Jeg gjør oppmerksom på at det forekommer flere momenter i vurderingen, oppramsingen er derfor ikke uttømmende.

2.1 HØYESTERETTSAVGJØRELSE

2.1.1 Høyesterettsavgjørelsers rettskildemessige verdi

Høyesterettsavgjørelser har stor rettskildemessig vekt. Uttalelser i avgjørelser fra Høyesterett blir i stor grad anvendt som rettskilder hos de lavere rettsinstanser, og også av Høyesterett selv. Spesielt gjelder dette der en av de voterende har kommet med en

prinsipiell uttalelse på et rettsområde som rettslig sett ikke er helt klarlagt. Høyesteretts forståelse og anvendelse av lovtekst og forarbeider skaper retningslinjer som i stor grad blir anvendt som rettskilde.

I følge Haugli⁵⁴ vil rettskildebildet bare i begrenset grad endre seg når det etter hvert kommer flere Høyesterettsdommer om samværsrett ved omsorgsovertakelse. Dette skyldes den enkelte Høyesterettsdoms begrensede prejudikatsvirkningen når det gjelder ikke-prinsipielle spørsmål. En dom kan imidlertid tjene som et relevant standpunkt selv om den ikke anses som prejudikat.

Flere Høyesterettsdommer vil imidlertid samlet sett kunne gi loven et mer presist innhold.

Haugli anfører videre at Høyesterett aldri vil behandle mer enn et svært begrenset utvalg av sakene. En konsekvens av dette er at de argumentene man vil kunne finne i Høyesterettsdommene, aldri vil kunne gi et dekkende bilde av alle gangbare argumenter innenfor rettsområdet. I tillegg kommer det dynamiske aspektet i rettsanvendelsespraksis. Da loven bruker et så skjønnsmessig begrep som barnets beste vil innholdet i begrepet endres over tid i pakt med skiftene teorier og allmenne oppfatninger og dette vil medføre endringer i praksis over tid.

2.1.2 Presentasjon av materialet

Samtlige av dommene vedrører jenter mellom 5 og 8 år, noe jeg antar er tilfeldig tatt i betraktning de forholdsvis få avgjørelsene jeg har undersøkt.

Tre av dommene omhandlet overprøving av vedtak om omsorgsovertakelse og samværsspørsmålet ble i disse sakene kun kort drøftet. De tre andre dommene gjaldt omfanget av samværsretten mellom barnet og biologiske foreldre. Her var drøftelsen av samværsspørsmålet noe grundigere.

⁵⁴ Haugli, 2000, s. 48-49

2.1.3 Analyse og vurdering

Jeg har valgt å behandle avgjørelsene etter de tema og momenter som Høyesterett har vektlagt i drøftelsene.

2.1.3.1 Plasseringens varighet

Lovteksten sier ingenting om hvordan samværet skal fastsettes og hvor hyppig kontakten mellom foreldre og barn skal være.

Det fremgår imidlertid av barnevernlovens forarbeider, NOU 1985:18, at samværet blant annet skal fastsettes med henblikk på plasseringens antatte varighet.

Førstvoterende i Rt. 1998 s. 787 kommer med uttalelser i forhold til den betydning plasseringens varighet kan få for fastsettelse av samvær.⁵⁵

I fire av dommene i mitt utvalg påpekes det at omsorgsovertakelsen er av langvarig karakter. I de to dommene hvor plasseringens varighet ikke nevnes spesielt, må det likevel antas å være plasseringer av varig karakter. Etter mitt syn fremkommer dette ved at det i Rt. 2002 s. 908 ble nektet samvær mellom mor og datter. Jenta hadde vært plassert i fem år og samværsnektelsen tilsier etter mitt syn, at tilbakeføring av omsorg ikke er noe alternativ.

I Rt. 2004 s. 1683 anså Høyesterett barnet for å ha knyttet seg til fosterforeldrene i slik grad at tilbakeføring av omsorg ble hindret av bestemmelsen i bvl. § 4-21, 1 ledd, 2 setning. Videre fremgår det av bvl. § 4-21, 2 ledd, at ny sak om tilbakeføring av omsorg ikke kan reises før ett år etter domstolsbehandling. Dette kan tolkes dit hen at plasseringen vil bli varig.

Hvor plasseringen er ment å være av langvarig karakter fastsettes samvær med henblikk på barnets mulighet til å falle til ro i sin nye tilværelse og ikke like hyppig som i saker hvor omsorgsovertakelsen er av midlertidig karakter. Dog fastsettes samværet slik at

⁵⁵ Se punkt 1.4.1.3

barnet gis mulighet til å opprettholde tilknytningen til foreldrene eventuelt ha kjennskap til eller kunnskap om det biologiske opphav.

2.1.3.2 Samværets formål

Når det gjelder samværets formål nevnes ikke dette eksplisitt i noen av de fire dommene som fastsatte samvær.

Årsaken til omsorgsovertakelsene var i de fleste dommene alvorlig omsorgssvikt i form av vanskjøtsel, manglende omsorg, rus- og alkoholmisbruk samt psykiske og fysiske problemer fra foreldrenes side. Dette får, etter mitt syn, betydning for samværsfastsettelsen ved at der omsorgssvikten har påført barnet store skader, viser det seg at samværshyppigheten nedsettes for å gi barnet mulighet til å falle til ro og knytte seg til nye og stabile omgivelser etter plassering. Plasseringen er også ofte langvarig i slike saker.

Dette anføres også i flere av fylkesnemndsvedtakene jeg har sett nærmere på hvilket drøftes nærmere i punkt 2.2.

I Rt. 2001 s.14 anfører førstvoterende at barn har rett til å bli kjent med sine foreldre og at dette vanskelig kan oppnås ved samvær to ganger årlig. Samværene ble derfor utvidet til fire ganger årlig. Dette åpner for å tolke samværets formål dit hen at det skal gi barnet muligheten til å ha kjennskap til sitt biologiske opphav.

I Rt. 2002 s. 875 ble samværet utvidet grunnet biologisk mors positive utvikling. Saken gjaldt overprøving av fylkesnemndas vedtak om omsorgsovertakelse. Barnets tilknytning til fosterforeldrene hindret tilbakeføring, jfr. bvl. § 4-21, men morens rett til samvær ble utvidet. Samværets formål kan, etter mitt syn, like mye virke som et ”plaster på såret” for at tilbakeføring ble forhindret selv om grunnen til omsorgsovertakelse ikke lenger var tilstede.

I Rt. 2003 s. 425 ble også samværsretten utvidet grunnet mors positive utvikling. Saken gjaldt omfanget av mors samværsrett en stund etter omsorgsovertakelsen. Det var her et godt samarbeid mellom biologisk mor og fosterhjem og barnet hadde hatt en god utvikling og fremsto som trygg og stabil. Hyppigere samvær ble ansett å være til barnets beste og jeg tolker det slik at formålet med samvær her var økt kontakt med biologiske foreldre. Det blir ikke anført noe i dommen som kan tilsi at formålet med hyppigere samvær er tilbakeføring.

Jeg fant at samværets formål var et sentralt underliggende moment ved samværsfastsettelsen i Høyesterettsavgjørelsene.

2.1.3.3 Barnets alder

I forhold til hensynet til barnets alder ble samværet fastsatt slik at de to yngste barna på 5 år fikk samvær henholdsvis fire helger årlig og en helg månedlig. For det 6 år gamle barnet ble det nektet samvær. For de to jentene på 7 år ble det fastsatt samvær en gang månedlig for den ene og nektet samvær for den andre. Det eldste barnet på 8 år fikk samvær fire ganger årlig med sin mor.

Det fremgår ikke av avgjørelsene at små barn får sjeldnere og kortere samvær enn eldre barn slik det fremgår av teorien. Det må imidlertid tas hensyn til at mitt materiale er av svært begrenset omfang størrelsesmessig og i tillegg er barna såpass like i alder at det vanskelig kan utledes noen generelle teorier hva samværsfastsettelse angår. Jeg finner derfor ikke å kunne utlede av dommene at barnas alder fikk innvirkning på samværsfastsettelsen.

2.1.3.4 Barnets medbestemmelse

Barnets rett til å bli hørt følger av bl. § 31, bvl. § 6-3 og barnekonvensjonen art. 12 og er således en absolutt rett barnet har. Lovbestemmelsene er redegjort for under punkt 1.4.2.

I Rt. 2004 s. 1046 ble det syv år gamle barnets motvilje mot samvær med foreldrene særlig vektlagt og samvær ble nektet. Førstvoterende henviste til bvl. § 6-3 og nevnte at barnet var gitt anledning til å uttale seg gjennom samtaler med sakkyndige. Høyesterett kunne ikke se at barnets uttalelser var påvirket av noen lojalitetskonflikt. Dog anførte førstvoterende at hvor mye vekt som skulle legges på barnets motvilje mot samværene avhang av hvor grunnfestet motvilje var og hva som reelt sett var årsaken til den.

Utover dette ble ikke barna hørt i forhold til samværsfastsettelsen i noen av dommene. Imidlertid er de fleste dommene avsagt før aldersgrensen ble satt ned fra tolv til syv år og det er derfor ingen feil at barna ikke er hørt.

I Rt. 2004 s. 1683 ble det syv år gamle barnet gitt anledning til å uttale seg, men kun i forhold til om hun ville bli i fosterhjemmet eller dra tilbake til sine biologiske foreldre. Hun hadde ingen synspunkter på dette. Det fremgår imidlertid ikke av dommen hvorvidt barnet også ble hørt i forhold til samværsfastsettelsen.

Det er derfor vanskelig å utlede noen teori på bakgrunn av dommene i mitt utvalg i forhold til hvilken vekt Høyesterett ilegger barnets medbestemmelse.

2.1.3.5 Stabilitet, forutsigbarhet og ro

Det ble anført at i flere av dommene at barnet saken gjaldt hadde et sterkt behov for stabilitet, forutsigbarhet og ro i fosterhjemmet. Høyesterett vektla disse hensynene i argumentasjonen for hvorfor samværshyppigheten ikke ble så høy som foreldrene nedla påstand om. Dog ble hensynene hyppigere anvendt av i fylkesnemndsvedtakene. Dette redegjøres nærmere for i punkt 2.2.3.5.

2.1.3.6 Rettspraksis

Flere av dommene henviste til rettspraksis for å understreke argumentasjonen bak samværsfastsettelsen.

Eksempelvis refererte førstvoterende i Rt. 2004 s. 1046 til Rt. 2002 s. 908 hvor Høyesterett uttalte, blant annet på bakgrunn av praksis fra EMD, at det kreves ”spesielle og sterke grunner” for å frata foreldrene rett til samvær etter omsorgsovertakelse. Det ble også henvist til samme dom for å begrunne argumentet om at det skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til barnets beste.

I Rt. 2002 s. 908 viser førstvoterende til EMK art. 8 og EMDs praksis i tilknytning til denne bestemmelsen. EMDs syn har kommet til uttrykk i Adele Johansen-saken.⁵⁶ Det

⁵⁶ Nærmere redegjørelse av Adele Johansen-saken, punkt 1.4.1.5

henvises også til Rt. 2001 s. 14 hvor førstvoterende kommer med uttalelser vedrørende kravet til særlige og sterke grunner for å begrense eller nekte samvær.

Rt. 2003 s. 425 nevner at fastsettelsen av samværet mellom biologiske foreldre og barnet må være i overensstemmelse med EMK og praksis fra EMD i tilknytning til denne bestemmelsen. Særlig saken Adele Johansen mot Norge.

Førstvoterende i Rt. 2004 s. 1046 nevner også EMK art. 8 og EMDs praksis. Det siteres direkte fra Adele Johansen-saken som utgangspunkt for den videre argumentasjonen vedrørende samværsfastsettelsen.

Høyesterett la tilsynelatende stor vekt på den foreliggende praksis som det ble henvist til i de ulike sakene.

2.1.3.7 Samværshyppighet

I forhold til samværshyppighet fastsetter to av dommene ett helgesamvær i måneden, to av dommene fastsetter samvær fire ganger i året og to av dommene nekter samvær mellom barnet og de biologiske foreldrene.

I dommene hvor det ble fastsatt ett helgesamvær månedlig, Rt. 2004 s. 1683 og Rt. 2002 s. 875, var hovedgrunnen til hyppigheten at samværet var til fordel for barnet og at mødrene i de to sakene hadde vist en positiv utvikling i forhold til grunnlaget for omsorgsovertakelsene. I disse dommene fremstod barna som noe mindre skadede enn barna i de andre avgjørelsene og dermed i bedre stand til å takle den eventuelle uroligheten samværene kunne medføre.

I Rt. 2003 s. 425 og Rt. 2001 s. 14 ble det fastsatt fire samvær årlig. Her var barna mer skadelidende som følge av den omsorgssvikten de hadde opplevd før omsorgsovertakelsen.

I Rt. 2001 s. 14 anføres det at barnet ikke har særlig tilknytning til mor da hun ble plassert allerede 15 måneder gammel og har vært i fosterhjem siden. Hensikten med samværene var således å gi barnet kjennskap til mor og førstvoterende anså at fire samvær årlig ville gi god nok mulighet til dette.

I Rt. 2004 s. 1046 og Rt. 2002 s. 908 ble samvær nektet. I begge sakene ble det anført at de spesielle og sterke grunner til å nekte samvær forelå.

Det fremgår av Høyesterettsavgjørelsene at jo mer skadede barna er, jo mindre samvær fastsettes.

2.1.3.8 Restriksjoner

I de fire dommene hvor samvær ble fastsatt, ble det ilagt restriksjoner i to av dem.

I Rt. 2003 s. 425 vedtok Høyesterett at det skulle være opp til barneverntjenesten å beslutte å føre tilsyn under samværene. Førstvoterende så det ikke som aktuelt på domstidspunktet, men biologisk mor hadde tidligere hatt rusproblemer og tilsyn skulle vurderes ilagt ved eventuelt tilbakefall. Ileggelsen av tilsyn ble ikke hjemlet ytterligere.

I Rt. 2002 s. 875 ble det ilagt tilsyn den første tiden etter domsavsigelse. Deretter skulle tilsynsordningen opphøre. Dette som en del av opptrappingen i samværshyppigheten med mål om månedlig helgesamvær uten tilsyn etter anbefaling fra sakkyndige.

Høyesterett baserte behovet for tilsyn på mors behov for et profesjonelt støttesystem for at samværene skulle forløpe best mulig. Når forholdene rundt omsorgsovertakelsen har roet seg og mor har forsonet seg med og akseptert at omsorgsovertakelsen er varig, vil muligheten for økt samværshyppighet og -kvalitet være til stede slik Høyesterett ser det.

Restriksjonene grunnes i hensynet til barnets beste, men også i hensynet til det biologiske prinsipp. Etter mitt syn ivaretas viktigheten av samvær mellom foreldre og barn i de utvalgte Høyesterettsavgjørelsene.

2.1.3.9 Enstemmighet/dissens

Fire av dommene var enstemmige mens det i to av dommene var dissens 3:2. I begge dommen med dissens var det enighet om samværsspørsmålet. Uenigheten gjaldt premissene for omsorgsovertakelse samt uenighet om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon.

Ingen av dissensene fikk således betydning for argumentasjonen bak eller fastsettelsen av samværet.

2.1.3.10 Andre momenter

Andre momenter som ble vektlagt i samværdrøftelsen var blant annet rapporter fra de sakkyndige som var oppnevnt i saken.

I Rt. 2002 s. 875 vektlegger førstvoterende de sakkyndiges uttalelser vedrørende samværsspørsmålet. Her var barnets tilknytning til fosterforeldrene til hindring for tilbakeføring av omsorgen. Høyesterett vedtok i tråd med de sakkyndiges anbefalinger å utvide samværet. Da disse uttalelsene er det eneste som nevnes i samværdrøftelsen i tillegg til momentet om barnets behov for ro, anser jeg førstvoterende for å vektlegge uttalelsene i stor grad.

I Rt. 2002 s. 908 legger førstvoterende den sakkyndiges vurdering til grunn for nektelse av samvær mellom barnet og biologisk mor. Den sakkyndiges vurdering ble støttet av andre opplysninger i saken slik at førstvoterende fant at de spesielle og sterke grunner som kreves for å nekte samvær, forelå.

Både i Rt. 2003 s. 425, Rt. 2004 s. 1046 og i Rt. 2004 s. 1683 avsa Høyesterett dom i samsvar med de sakkyndiges anbefalinger.

De sakkyndiges uttalelser nevnes også av førstvoterende i Rt. 2001 s. 14 hvor Høyesterett kom til at mor ikke skulle fratas foreldreansvaret for sin datter og videre at det ikke ble samtykket til adopsjon. De sakkyndige anbefalte ikke utvidelse av samvær, men dersom utvidelse av samvær skulle skje, anbefaltes det å utvide i antall timer og ikke i antall ganger. Førstvoterende fastsatte her en utvidelse av samværet fra to ganger årlig til fire ganger årlig i motsetning til hva de sakkyndige anbefalte.

Sakkyndige tilfører en ekspertkunnskap som forutsettes å være en nødvendig del av beslutningsgrunnlaget i barnevernssaker.⁵⁷

Slik jeg ser det tillegges de sakkyndiges vurderinger relativt stor vekt da samværsfastsettelse i slike saker ikke baseres kun på en tolking av gjeldende rett, men i stor grad også på avveininger av til dels kompliserte psykologiske hensyn. Det kreves

⁵⁷ Oppedal, Sandberg og Syse (red.), 1994, s. 133

ekspertise utover det som kan forventes av retten og sakkyndiges vurderinger bør derfor tillegges vekt slik de gjør. Dette ivaretar også rettssikkerheten til de impliserte parter ved at alle sakens sider er så grundig opplyst og undersøkt som mulig.

I flere av fylkesnemndsvedtakene vedrørte samværsspørsmålet både mor og far hvilket fikk innvirkning på fastsettelsen av samværet.⁵⁸ Dette gjelder ikke for Høyesterettsavgjørelsene da samvær fastsettes for kun en forelder i samtlige dommer.

2.1.4 Sammenfatning

Selv om samværsdrøftelsene i Høyesterett er forholdsvis korte, fremgår det etter min mening flere momenter som vektlegges ved samværsfastsettelsen. Eksempelvis plasseringens varighet, samværets formål, barnets alder og medbestemmelse samt i hvilken grad barnet er skadet/sårbart.

Dommerne drøfter samværsspørsmålene tilsynelatende likt. Det henvises flere steder til EMDs praksis vedrørende samvær, spesielt Adele Johansen-saken.

Dommerne legger videre vekt på sakkyndiges vurderinger og fastsetter samvær i stor grad i overensstemmelse med de sakkyndiges anbefalinger.

2.2 Fylkesnemndsvedtak

2.2.1 Generelt om fylkesnemndene

Fylkesnemndene er domstolslignende forvaltningsorgan opprettet i medhold av lov om sosiale tjenester kap.9.⁵⁹

⁵⁸ Se punkt 2.2.3.10

⁵⁹ Lov 13. desember 1991 nr. 81

Fylkesnemndenes virksomhet er begrenset til tvangsvedtak som omsorgsovertakelse, samværsordninger, opphevelse av omsorg og tvangsinngrep ved alvorlige adferdsvansker, jfr. lov av 13. desember 1991 om sosiale tjenester, kapittel 6. Vedtak utover dette fattes av barneverntjenesten i samsvar med bestemmelsene i barnevernloven.

Sakene som fremsettes for fylkesnemndene utgjør tallmessig sett en mindre del av barnevernets virksomhet⁶⁰. Dette samsvarer med opplysninger fra Statistisk Sentralbyrå⁶¹ hvor det fremgår at 29.250 barn mottok hjelpetiltak i 2003, mens nær 6.750 barn var under omsorg.

Fylkesnemndenes vedtak kan overprøves. Denne adgangen er fundamental i forhold til kravet til rettssikkerhet, særlig der vedtakene griper inn i så personlige forhold som i barnevernssaker. Ved rettslig prøvelse av tvangsinngrep i en barnevernssak kan domstolene prøve alle sider av saken samt overprøve det skjønnet fylkesnemndene har anvendt fullt ut, jfr. lov om rettergangsmåten for tvistemål, § 482.⁶² Eksempelvis kan det prøves om hensynet til barnets beste er godt nok ivaretatt.

Alle barnevernssaker begynner i fylkesnemndene og kan ankes helt opp til Høyesterett. Slik kan en barnevernssak ende med å bli behandlet i fire instanser. Det er imidlertid fremmet forslag om at overprøving av fylkesnemndenes vedtak skal skje direkte for lagmannsretten men ingen avgjørelse er tatt i forhold til dette.

Fylkesnemndene fatter vedtak på bakgrunn av en skjønnsmessig vurdering basert på de konkrete problemstillinger saken reiser. Derfor vil de få, men faste, retningslinjene som foreligger kunne gi svært ulike resultat. Dette fordi de konkrete forhold som ligger til grunn for enhver sak er meget ulike.

⁶⁰ Falck og Havik, 2000, s. 33

⁶¹ Pr. 14. april 2005

⁶² Lov 13. august 1915 nr. 6

Etter min mening synes fylkesnemndenes drøftelser å følge et mønster. Det slås fast at samvær er en rettighet og at hensynet til barnet beste skal ivaretas. Det er viktig at det etablerte tilknytningsbånd mellom barn og foreldre opprettholdes og plasseringens antatte varighet er av betydning for fastsettelsen av samværet.

De fleste drøftelsene sentrerte rundt tilknytningen mellom barnet og foreldrene. Det forekom lite konkrete drøftelser utover dette om hva samværet ville bety for barnets identitetsdannelse og sosialisering, barnets opplevelse og forståelse av seg selv og omverdenen samt for barnets handlinger overfor denne.

2.2.2 Presentasjon av materialet

De femten vedtakene omhandler 19 barn, herunder ni jenter og ti gutter. Fem av barna er 3 år eller yngre, ett barn befinner seg i aldersgruppen 4 til 6 år, seks av barna er mellom 7 og 11 år og syv av barna er mellom 12 og 16 år.

Ti av de utvalgte vedtakene omhandler fastsettelse av samværsrett etter omsorgsovertakelse, tre av vedtakene omhandler regulering av tidligere fastsatt samværsordning og ett vedtak omhandler krav om opphevelse av omsorgsovertakelse.

2.2.3 Analyse og vurdering

Oppstillingsmessig har jeg valgt å analysere vedtakene etter de *tema og momenter* som fylkesnemndene anvender i drøftelsen av samværsspørsmålet.

2.2.3.1 Plasseringens varighet

Plasseringens varighet er et sentralt moment i drøftelsen av samværsspørsmålet i de utvalgte fylkesnemndsvedtakene, slik som i Høyesterettsavgjørelsene.

Utgangspunktet er at all omsorgsovertakelse er ment å være av midlertidig karakter, jfr. bvl. § 4-21, 1 ledd. I noen tilfeller kan det likevel på et tidlig stadium fastslås at plasseringen vil være langvarig.

Det kan anføres flere grunner for at plasseringen er av langvarig karakter. Det som oftest ble vektlagt i vedtakene i mitt utvalg, var at fylkesnemndene anså foreldrenes

problemer for å være av en slik karakter at det ville være liten eller ingen mulighet for forbedring. De utvalgte fylkesnemndsvedtakene, omhandlet i stor grad foreldre med psykiske og/eller fysiske problemer. Eksempelvis depresjoner, angst eller annen varig sykdom. Grunnet foreldrenes lave endringspotensiale ble det som hovedregel anført at en langvarig plassering ville være til barnets beste.

Mange av barna var sterkt preget av omsorgssvikten og selv om forholdene kunne bedre seg på sikt, ble det ofte vedtatt at plasseringen av hensyn til barnets beste måtte være av en viss lengde. Langvarig plassering anses å gi ro og stabilitet som er gode forutsetninger for barnets mulighet til å bearbeide eventuelle traumer.

I flere av vedtakene var barna offer for vold og rus i hjemmet. I tillegg opplevde mange av barna en ustabil hverdag med lite eller ingen grensesetting.

Det viste seg at hvor barna var små når omsorgsovertakelsen fant sted, ble plasseringene ofte varige. Dette blant annet fordi barnet ikke hadde rukket å etablere noen særlig tilknytning til sine biologiske foreldre og av den grunn ikke hadde noe stort behov for hyppig samvær med dem.

Barn som har vært plassert i fosterhjem fra de var veldig små vil se på fosterforeldrene som sine foreldre og nærmeste omsorgspersoner i større grad enn barn som blir plassert i fosterhjem når de er litt eldre. Dette gir små muligheter for eventuell tilbakeføring etter omsorgsovertakelse da barnet ofte vil få en slik tilknytning til mennesker og miljø i fosterhjemmet at det kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir tilbakeført til sine biologiske foreldre. Unntakene i bvl. § 4-21 hindrer i slike tilfeller tilbakeføring. Litt eldre barn vil ha rukket å knytte seg til sine biologiske foreldre i større grad og dermed også ha behov for hyppigere samvær med dem. Hyppig kontakt med biologiske foreldre kan føre til at en eventuell tilbakeføring ikke vil påføre barnet noen traumer eller alvorlige problemer, jfr. bvl. § 4-21.

Jeg viser til nærmere drøftelse av samværsfastsettelse etter behovs- og relasjonsretningen i punkt 1.4.1.3.

I vedtakene fra 2002 og 2003 anføres det at plasseringen er av langvarig karakter, bortsett fra ett vedtak hvor plasseringen presiseres å skulle vare i minimum ett til to år. I vedtakene fra 2004 og 2005 blir ikke plasseringens varighet påpekt i samme grad. To av vedtakene fastslår at det skal være langvarig plassering, mens de resterende fem

vedtakene enten ikke nevner plasseringens varighet overhodet eller anfører at plasseringens varighet er svært usikker.

I forhold til samværet som ble fastsatt i vedtakene, viser det seg at hvor plasseringen er langvarig fastsettes det sjeldnere samvær enn hvor plasseringen skal være av kortere varighet. Eksempelvis i FNV-2001-589-OSL, hvor varigheten ble ansett å vare i minimum ett til to år, ble det fastsatt samvær hver tredje uke i motsetning til mange av de langvarige plasseringene hvor samværet ble fastsatt til to, fire eller seks ganger årlig. Dog forekom det unntak fra denne teorien.

Dette kommer jeg nærmere inn på under drøftelsen av samværshyppighet i punkt 2.2.3.7.

2.2.3.2 Samværets formål

Fylkesnemndene vektlegger samværets formål i stor grad ved fastsettelsen av samvær. I de fleste vedtakene er samværets formål kontakt mellom foreldre og barn, på samme måte som i Høyesterettsavgjørelsene. Samværene fastsettes med andre ord hovedsakelig etter ”relasjonsretningen”, med positiv vekt på tilknytningen mellom foreldre og barn. Eksempelvis fremgår dette av FNV-2001-589(og 591)-OSL hvor plasseringen var ment å vare i minimum ett til to år og samværets formål var hyppig kontakt med foreldrene slik at den mulig forestående tilbakeføring til foreldrene skulle forløpe best mulig. I fire av vedtakene var formålet med samværet å opprettholde den tilknytningen som allerede fantes mellom barnet og foreldrene. Dette gjaldt hovedsakelig for vedtakene hvor barna hadde bodd sammen med sine foreldre noen år før omsorgsovertakelsen. De barna som ble plassert i fosterhjem som veldig små, hadde naturlig nok ikke rukket å etablere noen sterk tilknytning til sine biologiske foreldre. Samværets formål ble i disse tilfellene som nevnt å gi barnet kjennskap til sine biologiske røtter.

I fem av vedtakene ble samværets formål ikke nevnt spesifikt.

Jeg finner at fylkesnemndene i noen av vedtakene har fastsatt lav samværshyppighet med formålet å gi barnet mulighet til å falle til ro i sin nye tilværelse samt knytte seg til fosterhjemmet. Dette samsvarer med ”behovsretningen” og går i motsatt retning enn det Høyesterettsavgjørelser, lovtekst og forarbeider gjør.

Felles trekk for disse vedtakene var at barna var mindre enn tre år da vedtak om omsorgsovertakelse ble fattet.⁶³

I de vedtakene hvor barnet enten ikke ønsket samvær eller hvor det ble fastsatt svært sjeldent samvær grunnet hensynet til barnets beste, ble formålet med samværet å sørge for at barna fikk kjennskap til sitt biologiske opphav.

I vedtakene hvor kunnskap til biologiske foreldre var formålet med samværet, ble det fastsatt lavere samværshyppighet enn hvor formålet var tilknytning eller kjennskap til biologiske foreldre.

2.2.3.3 Barnets alder

I tillegg til plasseringens lengde og formålet bak vedtaket har blant annet barnets alder en viss innvirkning på fylkesnemndas avgjørelse. Dette i form av at jo yngre barnet er, desto oftere fattes det beslutning om timesamvær. Og motsatt, jo eldre barna er, jo oftere besluttes det døgnsamvær.

Timesamvær for små barn er fordelaktig i den forstand at hyppig samvær med foreldrene kan opprettholdes, likevel slik at samværene ikke belaster barnet for meget.⁶⁴

Dette understøtter det inntrykk jeg har fått av fylkesnemndsvedtakene jeg har plukket ut. Samværet fastsettes noe annerledes for eldre barn som har levd en stund sammen med sine biologiske foreldre forut for omsorgsovertakelsen enn for yngre barn som ble plassert i fosterhjem allerede som spedbarn, som nevnt i forrige punkt.

⁶³ Nærmere om behovsretningen i punkt 1.4.1.3

⁶⁴ Falck og Havik, 2000, s. 163

Fylkesnemndene har vektlagt den tilknytningen de eldre barna har til sine biologiske foreldre samt opprettholdelse og ivaretagelse av denne tilknytningen. Der barnets tilknytning til biologiske foreldre har vært god, har det naturlig nok blitt innvilget hyppigere samvær enn der tilknytningen har vært av mer negativ karakter.

Fylkesnemndene så det slik at selv om barnet var offer for manglende omsorg og en vanskelig oppvekst, forelå det likevel en sterk tilknytning til biologiske foreldre. Dette synet samsvarer med teorien om ”relasjonsretningen”⁶⁵.

Fylkesnemndene har i noen vedtak, som nevnt, fastsatt samvær etter ”behovsretningen” hvor barna er små (under tre år) ved omsorgsovertakelsen. For barn som er eldre ved omsorgsovertakelsen fastsettes hyppigere samvær med biologiske foreldre etter ”relasjonsretningen”. Dette følger av barnets tilknytning til foreldrene.

Dog forelå det unntak fra dette, eksempelvis i FNV-2004-152-TRL. Saken gjaldt en 14 år gammel jente som hadde blitt fysisk og psykisk mishandlet av sin mor hvor samværet ble fastsatt til to ganger årlig. Her ble hensynet til barnets beste og barnets egen mening vektet tyngre enn viktigheten av samvær mellom barn og foreldre.

Imidlertid har eldre barn som hovedsak fått tid til å etablere en sterkere tilknytning til sine foreldre og mulig større behov for samvær enn det små barn har.

Omsorgsovertakelsen kan derfor gi eldre barn sterkere reaksjoner som kan avhjelpes med hyppig samvær. I alle fall i en overgangsperiode til barnet har falt til ro i fosterhjemmet. Selv om barnets tilknytning til foreldrene er av negativ karakter, eksempelvis barn som har ”passet på” sine foreldre som ikke evnet å ta omsorg for verken barnet eller seg selv og dermed har skapt en utrygg tilknytning for barnet, vil det

⁶⁵ Nærmere beskrivelse i punkt 1.4.1.3

være viktig for barnet å se at mor eller far klarer seg. Sjeldent samvær kan her gi større traumer enn hyppig samvær. Haugli anfører et liknende syn i sin doktoravhandling.⁶⁶

2.2.3.4 Barnets medbestemmelse

I elleve av vedtakene var barna syv år eller eldre og skulle, jfr. lovtekst og FNs barnekonvensjon, gis anledning til å uttale seg og bli hørt.

I vedtakene fra 2002 var lovteksten ennå ikke endret og aldersgrensen for å bli hørt var 12 år. Kun i ett av vedtakene, FNV-2002-144-AGD, var barnet gammelt nok til å skulle høres. Barnet ble imidlertid kun hørt i forhold til hvor hun ønsket å bo etter omsorgsovertakelsen og ikke i forhold til samværsfastsettelsen. Dette samsvarer, etter mitt syn, ikke med innhold og ordlyd i bl. § 31 og § bvl. § 6-3.

I vedtakene fra 2003 omhandler to av vedtakene barn som er gamle nok til å skulle høres. Vedtaket i FNV-2003-143-BUS er fattet rett etter at aldersgrensen for barns medbestemmelsesrett ble endret fra 12 til 7 år og dette har fylkesnemnda tatt hensyn til. Det 7 år gamle barnet ble to ganger gitt anledning til å uttale seg. Også i FNV-2003-42-TRL tok fylkesnemnda hensyn til medbestemmelsesretten og det 13 år gamle barnet fikk gi uttrykk for sitt syn gjennom en talperson.

I FNV-2004-152-TRL tok man i tillegg til andre momenter, hensyn til den 14 år gamle jentas ønske om minst mulig samvær med sin mor. Samværshyppigheten ble fastsatt til to ganger årlig.

I FNV-2004-165-ROG påpekte fylkesnemnda at ut ifra barnets alder, som var 16 år, måtte det legges betydelig vekt på hans mening når det gjaldt spørsmålet om samværshyppighet.

⁶⁶ Haugli (2000), s.183

Fylkesnemnda fant ikke å kunne legge avgjørende vekt på det 12 år gamle barnets ønske om å bli boende hos sine foreldre i FNV-2004-175-ROG. Omsorgsovertakelse ble her vedtatt å være til barnets beste. Det fremgår imidlertid ikke av vedtaket at barnet fikk ytre sin egen mening i forhold til samværsfastsettelsen.

I de tre vedtakene fra 2005 ble barnas uttalelser vektlagt og tatt hensyn til i to av vedtakene. I FNV-2004-233-OST anså dog fylkesnemnda at barnas mening måtte vike på grunn av mer tungtveiende momenter, blant annet hensynet til barnets beste.

I noen av vedtakene fremgår det ikke klart om barnet har fått muligheten til å gi uttrykk for sitt syn på saken. Imidlertid kan det antas at barnet har blitt gitt mulighet til å ytre sin mening via samtaler med oppnevnt sakkyndig. Det kan imidlertid være svært vanskelig for et barn å skulle gi uttrykk for at det ikke ønsker samvær, eventuelt ønsker så lite samvær som mulig, med sine biologiske foreldre i frykt for å virke illojal mot sine biologiske foreldre. Og videre mulig av frykt for represalier og skyldfølelse ved eventuelle fremtidige samvær.

Slik jeg ser det, tenderer fylkesnemndene å la barnet uttale seg i forbindelse med omsorgsovertakelsen, men ikke i forhold til det etterfølgende samværsspørsmålet. Etter mitt syn samsvarer ikke dette med gjeldende rett og man kan stille spørsmålet om barnets medbestemmelsesrett ivaretas tilstrekkelig av fylkesnemndene.

2.2.3.5 Stabilitet, forutsigbarhet, ro og struktur

I ni av vedtakene nevnes disse momentene som spesifikke behov for barna. Å skulle ivareta disse hensynene i størst mulig grad harmonerer ofte dårlig med hyppig samvær med biologiske foreldre. Det ble påpekt i noen av vedtakene at hyppig samvær med biologiske foreldre kan forstyrre den roen barnet trenger for å knytte seg til fosterhjemmet. Likevel ble det fastsatt forholdsvis hyppig samvær i disse vedtakene. Hovedsakelig anføres at barnets sterke tilknytning til biologiske foreldre og behovet for opprettholdelse av denne tilknytningen kan bidra til å skape stabilitet og er til barnets beste, slik det følger av ”relasjonsretningen”.

Andre lignende momenter som vektlegges i flere av vedtakene er barnets behov for trygghet i sin nye tilværelse. Flere av sakene vedrørte barn med psykiske skader som hadde et vesentlig større behov for omsorg og trygghet fra sine nye omgivelser enn det vanlige barn har.

Behovet for faste rammer og grensesetting nevnes i ett av vedtakene hvor det gjaldt barn som hadde vokst opp med liten eller ingen grensesetting.

FNV-2004-165-ROG nevnte barnets behov for emosjonell og sosial ivaretagelse. Dette gjaldt en 16 år gammel gutt som hadde blitt avvist av sin mor under oppveksten og i tillegg blitt fysisk og psykisk mishandlet av henne. Gutten hadde i tillegg stort behov for anerkjennelse. Disse momentene fikk imidlertid ingen spesiell innvirkning på samværsfastsettelsen slik jeg ser det.

Etter mitt syn fikk heller ikke det at noen av barna ble plassert i forsterkede fosterhjem noen innvirkning på samværsfastsettelsen.

2.2.3.6 Rettspraksis

Fylkesnemndene henviser hovedsaklig til lovtekst, forarbeider og Høyesterettsavgjørelser i drøftelsene vedrørende samværsspørsmålet. Hvor det ble henvist til forarbeider og rettspraksis var dette for å underbygge fylkesnemndenes begrunnelse samt for å redegjøre nærmere for hvilke momenter fylkesnemnda vektla og hvorfor nettopp disse momentene hadde større vekt enn andre.

Det blir ikke referert til andre fylkesnemndsvedtak. En av grunnene til dette er, slik jeg ser det, at fylkesnemndsvedtak er rettskilder med lav vekt og får derfor liten tyngde i en drøftelse.

Spesielt vektlegger noen av fylkesnemndene førstvoterendes prinsipputtalelse i Rt. 1998 s. 787⁶⁷. Her gir Høyesterett uttrykk for at langtidsplasseringer ofte tilsier en mer begrenset samværsordning. Formålet med samværet er at barnet skal få kjennskap til sitt biologiske opphav med henblikk på en eventuell senere tilknytning når barnet vokser til.

⁶⁷ Nærmere redegjørelse av Rt 1998 s. 787, punkt 1.4.1.3

FNV-2002-209-HSF og FNV-2004-218-HSF anvender premissene i Rt. 1996 s. 1684 og Rt. 1998 s.787 som veiledning for hvordan samværet skal utmåles.

FNV-2004-218-HSF henviser også til EMK og Adele Johansen-saken for å belyse hvor sterke og alvorlige grunner som må foreligge for å nekte samvær mellom barn og biologiske foreldre. I tillegg anvendes to av dommene i mitt utvalg som rettspraksis for samværsnekt. Dette var for øvrig den mest grundige av samværsdrøftelsene av de utvalgte vedtakene.

I FNV-2004-152-TRL refererer fylkesnemnda til EMK art. 8 og Rt. 2001 s. 14 hvor Høyesterett på s. 24 uttaler at det kreves særlige eller sterke grunner hvis samværsfastsettelsen skal begrenses så sterkt som til to ganger årlig.

Få av de utvalgte fylkesnemndene anvender rettspraksis. Samværsfastsettelsen avgjøres snarere på grunnlag av reelle hensyn og sakkyndiges vurderinger.

2.2.3.7 Samværshyppighet

Når det gjelder samværshyppigheten i de utvalgte fylkesnemndsvedtakene, ble samvær fastsatt i fjorten av femten vedtak.

For ett av barna ble det fastsatt samvær en gang ukentlig, ett av barna skulle ha samvær en gang annenhver uke, for to av barna ble det fastsatt samvær en gang hver tredje uke og for seks av barna ble det fastsatt samvær en gang månedlig.

For to av barna ble det fastsatt samvær en gang hver 6. uke, for to av barna fastsatte nemnda samvær seks ganger årlig, for to av barna ble det fastsatt samvær fire ganger årlig og endelig for to barn vedtok nemnda samvær to ganger årlig.

Selv om det utvalgte materialet er størrelsesmessig lite, viser det at fylkesnemndene i de fleste tilfeller fastsetter hyppig samvær mellom barn og biologiske foreldre etter omsorgsovertakelse. Hovedsakelig begrunnes samværshyppigheten med hensynet til barnets beste samt det biologiske prinsipp.

Da både individer og relasjonene dem imellom er under kontinuerlig endring, bør ikke beslutninger om samvær være endelige.

Fylkesnemndene har i åtte av de utvalgte vedtakene påpekt at det fastsatte samvær er et minimumssamvær. Samværshyppigheten kan økes dersom forholdene skulle tilsi dette

nettopp av den grunn at individene og relasjonene dem imellom anses for å være under kontinuerlig endring.

2.2.3.8 Restriksjoner

I flere av vedtakene i mitt utvalg fastsatte fylkesnemndene restriksjoner på samværene. Samværsrestriksjoner er hjemlet i bvl. § 4-19, 2 ledd, og det er således forhold fylkesnemnda plikter å ta standpunkt til.

Hyppighet og varighet av samvær i tillegg til hvor og når samvær skal finne sted, blir av Haugli⁶⁸ definert som en av fire grupper under de nærmere restriksjoner som gis som ledd i reguleringen av samværet. Denne første gruppen utgjør kjernen av vedtaket. Vedrørende samværenes hyppighet og varighet, viser jeg til drøftelse tidligere i oppgaven.

I tre av vedtakene lot fylkesnemnda det være opp til barneverntjenesten å bestemme samværssted. I to av vedtakene skulle samværene finne sted i fosterhjemmet og ett av vedtakene besluttet at samværene skulle finne sted på institusjonen hvor barnet var plassert. Tidspunkt for samværene ble ikke nærmere regulert i vedtakene. Dette er ofte opp til barneverntjenesten å fastsette i det enkelte tilfelle. Restriksjonene ble grunnet i barnets behov for ro rundt samværet samt at det var vesentlig for flere av barna at samværet fant sted på et trygt sted.

Etter mitt syn er bestemmelser om hvor samværet skal finne sted å anse som restriksjoner fordi dette legger føringer for samværet. Eksempelvis i FNV-2003-42-TRL ble det fastsatt at samværene skulle finne sted på barnevernsinstitusjonen hvor barnet var plassert. Fylkesnemnda anså det da ikke nødvendig med tilsyn. Dette må tolkes dit hen at foreldrene ikke vil få ha uforstyrret samvær med sitt barn, hvilket er restriksjoner i forhold til de samværene hvor foreldrene får ha sitt barn uforstyrret hos seg i sitt hjem.

⁶⁸ Haugli, 2000, s. 222

Den neste gruppen av restriksjoner er restriksjoner som blir gitt for å beskytte barnet under samværene av hensyn til barnets beste. Eksempelvis at foreldrene skal være rusfrie under samværene, at det skal være tilsyn eller at bestemte personer nektes å være tilstede under samværene. Disse restriksjonene har direkte sammenheng med samværsvedtaket og som må sies å inngå som en del av det. Likevel må det, ifølge Haugli, avgjøres ut fra de konkrete omstendighetene hvorvidt slike restriksjoner i den enkelte sak kan anses begrunnet i tilstrekkelig tungtveiende hensyn til barnets beste.

Samvær mellom barn og biologiske foreldre anses som så verdifullt at selv hvor samvær ikke er utelukkende positivt for barnet, fastsettes samvær likevel. Dog med tilsyn for å forhindre eventuelle uheldige opplevelser for barnet samt påse at samværene forløper til barnets beste. Dette viser lojalitet mot lovgivers vektlegging av det biologiske prinsipp samt hensyn til foreldrene.

Flere av barna i utvalget hadde foreldre med rusproblem, men krav om rusfrihet ved samvær ble kun fastsatt i to av vedtakene. Fylkesnemnda nevnte således i ett av vedtakene at samværshyppigheten ble noe nedsatt grunnet at mor ikke var i noe behandlingsprogram for sitt rusproblem. Dog ble ikke rusfrihet satt som noe vilkår her, men barneverntjenesten fikk mulighet til å ilegge tilsyn ved behov.

Det ble fastsatt samvær med tilsyn i fire av vedtakene. Videre åpnet fylkesnemnda for å la barneverntjenesten vurdere iverksettelse av tilsyn ved behov i tre av vedtakene.

Som en tredje gruppe forekommer restriksjoner i form av ytterligere pålegg til foreldrene. Eksempelvis at rusfriheten må dokumenteres ved å avgi blod- eller urinprøver eller deltakelse i terapi eller behandlingsopplegg for rusmisbrukere. Fylkesnemnda kan åpenbart ut fra hensynet til barnet stille krav om at samværet skal foregå i rusfri tilstand. Likevel må det settes begrensninger i hva slags tiltak som kan anvendes for å innhente slik dokumentasjon. Pålegg om å avgi blodprøve for å

dokumentere rusfrihet som et vilkår for å utøve samværet, kan neppe vedtas med hjemmel i bvl. § 4-19. Et vedtak om et såpass sterkt inngrep i den personlige integritet krever uttrykkelig hjemmel, jfr. legalitetsprinsippet.⁶⁹

Ingen av vedtakene i mitt utvalg satte slike restriksjoner på samværene.

Den fjerde og siste gruppen er restriksjoner med henhold til brev- og telefonkontakt mellom barnet og de biologiske foreldrene. En rettslig problemstilling er om bvl. § 4-19, 2 ledd, kan sies å hjemle inngrep i disse kontaktformene. Utgangspunktet er her at det er tale om inngrep i den alminnelige handlefriheten som må ha hjemmel i lov.

Regelen må derfor være at barn og foreldre har fri rett til slik kommunikasjon og at en regulering av dette er et selvstendig inngrep som krever lovhjemmel.⁷⁰ Dersom foreldrene ”plager” barnet i fosterhjemmet, eksempelvis med stadige telefonoppringninger i ruset tilstand, bør det imidlertid kunne vedtas telefonforbud.

I FNV-2004-218-HSF ble biologisk far nektet samvær med sin sønn da de sterke og spesielle grunner for dette ble ansett å foreligge og videre at nektelse av samvær ville være til det beste for barnet. Det ble vedtatt at eventuell telefonkontakt kun skulle skje på barnets initiativ med hjemmel i bvl. § 4-19.

Ette mitt syn er ikke bvl. § 4-19 tilstrekkelig hjemmel for ileggelse av slike alvorlige restriksjoner. Jeg drøfter imidlertid ikke dette nærmere da det ville gjøre oppgaven for omfattende.

2.2.3.9 Enstemmighet/dissens

Ett av de femten vedtakene i utvalget ble fattet med dissens. Flertallet i FNV-2003-61-NOR (som bestod av to sakkyndige medlemmer og et alminnelig medlem) ønsket seks

⁶⁹ Redegjørelse av legalitetsprinsippet, punkt 1.3.1

⁷⁰ Haugli, 2000, kapittel 7

samvær årlig, mens mindretallet (fylkesnemndslederen og et alminnelig medlem) fant at fire samvær årlig var tilstrekkelig. Siktemålet i saken var å gi barnet kjennskap til sin far og uenigheten gjaldt hvor hyppig samvær som ville være tilstrekkelig til å oppfylle dette formålet. Vedtak ble fattet i samsvar med flertallets syn og går i samme retning som uttalelsene i Rt. 2001 s. 14 hvor førstvoterende utvidet samværshyppigheten til fire ganger årlig. Det ble anført at sjeldnere samvær ikke ville gi barnet en reell mulighet til å bli kjent med sine foreldre. Dette kan tolkes dit hen at dersom formålet med samværene er kjennskap til foreldrene, bør samværshyppigheten være fire ganger årlig eller mer.

De resterende fjorten vedtak var enstemmige.

2.2.3.10 Andre momenter

Andre momenter fylkesnemndene har tatt hensyn til er blant annet sakkyndige vurderinger. Slike vurderinger ble imidlertid anvendt i lang større grad i de utvalgte Høyesterettsavgjørelsene enn i fylkesnemndsvedtakene.

Det har også vært av betydning for samværshyppigheten hvorvidt det har vært en eller begge foreldre som har nedlagt påstand om samvær. Der det har vært to foreldre som ikke lenger bor sammen, har samværet blitt noe redusert for hver av dem slik at barnet totalt sett opplever like mye samvær som om det kun hadde vært en forelder å forholde seg til. Dette for å gi barnet tid og rom til å knytte seg til fosterhjemmet uten å bli forstyrret av for hyppig samvær med biologiske foreldre, eksempelvis dersom begge foreldrene skulle få innvilget samvær månedlig, som viser seg å være den samværshyppigheten som anvendes oftest.

Ifølge Falck og Havik (2000) viser det seg i hovedtrekk at barnevernet ofte "får" de vedtak de "ber" om. I de fleste vedtakene i mitt utvalg samsvarer vedtaket med kommunens/barneverntjenestens anførsler hva gjelder samværsfastsettelsen. Dette kan etter mitt syn grunnes i at foreldrenes anførsler ofte kan være subjektive og preget av foreldrenes ønske om samvær med sine barn.

Barneverntjenestens anførsler fremmes med bakgrunn i en objektiv og saklig vurdering med barnets beste for øyet. Anførslene samsvarer også ofte med de sakkyndiges vurderinger.

2.2.4 Sammenfatning

Det er anført at fylkesnemndene ikke behandler samværssaker godt nok. Sannsynligvis skyldes dette imidlertid at de materielle reglene ikke er gode nok, og ikke at fylkesnemnda ikke er et egnet organ til å behandle samværssaker.⁷¹

Det har vært sagt fra fylkesnemndsledere at kommunen ofte drøfter samværsspørsmålet for lite og for dårlig i sine fremlegg til nemnda, og at samværsspørsmålet tenderer til å bli et vedheng til omsorgsspørsmålet.

Fylkesnemndenes behandling av samværsfastsettelsen fremstår som forholdsvis kort i de fleste utvalgte vedtakene og går lite i dybden når det gjelder vurderingen av de ulike konkrete tilfellene. Samværsfastsettelsen henger i de fleste tilfeller sammen med vedtak om omsorgsovertakelse og det er denne drøftelsen som fremtrer som vedtakets hovedinnhold. Selv om omsorgsovertakelsen er grunnlaget for drøftelsen om samvær mellom barnet og dets biologiske foreldre, bør samværsspørsmålet, etter mitt syn, drøftes grundigere i hvert enkelt tilfelle. Spesielt der det ilegges restriksjoner.

Det viser seg at de utvalgte fylkesnemndsvedtakene i stor grad følger de retningslinjer som fremgår av forarbeider og rettspraksis og bidrar på den måten til å stadfeste de allerede fastsatte retningslinjer i større grad.

Dette gjelder blant annet plasseringens lengde, samværets og vedtakets formål samt barnets alder, eget ønske og behov. Imidlertid tenderer fylkesnemndsvedtakene å drøfte samværsspørsmålene noe mer inngående enn det Høyesterett gjør.

⁷¹ Haugli, 2000, s. 420

2.3 VURDERING

2.3.1 Konklusjon på problemstilling

På bakgrunn av den utvalgte fylkesnemnds- og Høyesterettspraksis jeg har vurdert, kan det konstanteres at samvær fastsettes etter faste retningslinjer.

I tillegg til de retningslinjer som fremgår av lov og forarbeider fastsettes samvær etter de nevnte momenter i punkt 2.1 og 2.2.

I tillegg til de foreliggende retningslinjer for skjønnsutøvelsen ved samværsfastsettelse, nevnes også at det til tross for den begrensede rettspraksis i samværsaker, for noen av retningslinjene må sies å foreligge om ikke langvarig, så muligens fast rettspraksis.

Hovedsakelig gjelder dette førstvoterendes prinsipputtalelser i Rt. 1998 s. 787 hvor det trekkes linjer mellom plasseringens lengde og samværshyppigheten. Disse uttalelsene samsvarer for øvrig med det som følger av barnevernlovens forarbeider. I tillegg kommer førstvoterende her med en prinsipputtalelse i forhold til samværsnektelse samt en uttalelse vedrørende bruk av barneloven som utgangspunkt for samværsfastsettelse som har blitt lagt til grunn i senere dommer.

Videre ser det ut til at norske Høyesterettsdommer avsagt etter Adele Johansen-dommen samsvarer med EMDs uttalelser om at det kreves spesielle og sterke grunner for å nekte samvær. Dette anføres av førstvoterende i Rt. 2001 s. 14.

Fylkesnemndene i mitt utvalg anvender hovedsakelig samme prinsipper og vurderingsmomenter som Høyesterett.

Etter mitt syn er neppe rettstilstanden i det store og hele mer avklart i dag enn det den var ved Hauglis doktoravhandling i 2000. En endring kan imidlertid anføres.

Førstvoterendes uttalelser i Rt. 2001 s. 14 kan antas å ha festnet seg som prinsipp og således fastsatt en nedre grense når det gjelder hyppigheten av samvær etter omsorgsovertakelse.

Utover dette samsvarer samværsfastsettelsen i fylkesnemnds- og rettspraksis med det som har fulgt av lov, forarbeider og rettspraksis siden før 2000.

2.3.2 Sammenlignende vurdering

Under dette punkt vil jeg som nevnt innledningsvis i oppgaven, sammenligne mitt materiale opp i mot Hauglis doktoravhandling.

Høyesterettsavgjørelser i barnevernssaker er i stor grad personorienterte og krever individuelle avgjørelser basert på de konkrete forhold i den enkelte sak og domstolene vil tendere mot å fremheve disse helt særlige trekk som bærende argumenter, snarere enn å tilstrebe å gi et mer fullstendig bilde av den vurderingsnorm som har vært anvendt.⁷²

Høyesterettsavgjørelsene i Hauglis utvalg tar utgangspunkt i at samvær er en positiv rett og argumenterer hovedsakelig for grunner til eventuelle innskrenkninger i denne retten. Dette samsvarer med Høyesterettsavgjørelsene i mitt utvalg. De tok alle utgangspunkt i at det foreligger en rett til samvær og at denne retten kun kan innskrenkes dersom det foreligger reelle grunner til det, eksempelvis hensynet til barnets beste.

I Rt. 2002 s. 875 argumenterer imidlertid Høyesterett for hvorfor samværet bør utvides. Dette er etter mitt syn ikke et uttrykk for en holdning om at samvær må begrunnes, men snarere en begrunnelse for hvorfor avgjørelsen ikke er så streng som ønsket av kommunen i saken.

Videre anfører Haugli at det ikke er satt noen nedre grense for samværets hyppighet i det begrensede utvalget hun har sett på.

Jeg finner imidlertid at Høyesterett i senere tid later til å ha satt nedre grense til to samvær årlig med bakgrunn i uttalelsene i Rt. 2001 s.14. Her sier førstvoterende at det skal spesielle og sterke grunner til for å begrense samværet til to ganger årlig og at dette ikke er nok samvær til å gi barnet en reell sjanse til å bli kjent med sitt biologiske opphav. Grunnlaget for å innskrenke samværet til to ganger årlig er det samme som er anført av EMD i Adele Johansen-saken, dog var det der snakk om nektelse av samvær.

⁷² Haugli ,2000, s. 47-48

Videre ble det i Rt. 2002 s. 908 henvist til førstvoterendes uttalelser om samværshyppigheten i Rt. 2001 s.14. Dersom uttalelsene blir vektlagt også i nye Høyesterettsavgjørelser er det nærliggende å si at det er satt en nedre grense ved fastsettelse av samvær der det er besluttet at det skal være samvær.

Haugli finner at samværsspørsmålet isolert sett er viet svært liten oppmerksomhet i de fleste fylkesnemndsvedtakene i hennes utvalg. Dette spesielt i saker hvor fylkesnemndene tar stilling til samværsspørsmålet samtidig med at det treffes vedtak om omsorgsovertakelse.

Drøftelsene viser seg å bli mer inngående i rene samværssaker hvor spørsmålet om omsorgsovertakelse allerede er avgjort. Grunnen til dette er, ifølge Haugli, at man i slike saker til en viss grad kan bygge på direkte erfaringer og ikke bare på antakelser om forventet utvikling.

Videre finner Haugli det vanskelig å få øye på harmonien mellom de generelle betraktninger og de konkrete resultater fylkesnemndene kommer frem til. Hun synes diskusjonen er lite forankret i sakenes konkrete faktum. Dette kan muligens, slik hun ser det, avspeile nemndenes usikkerhet overfor en lite avklart rettstilstand.

Hovedvekten av fylkesnemndsvedtakene i Hauglis utvalg har et nøytralt utgangspunkt i forhold til samværsretten og argumentasjonene tyder på at retten til samvær må begrunnes. Haugli har imidlertid anført som rettslig utgangspunkt at det foreligger en rett til samvær og at eventuelle innskrenkninger må begrunnes. Fylkesnemndsvedtakene i hennes utvalg samsvarer ikke med dette utgangspunktet.

Det rettslige utgangspunkt Haugli anfører samsvarer imidlertid med de vedtakene jeg har sett nærmere. Her fastsettes retten til samvær innledningsvis som en positiv rett og argumentasjonen går ut på å begrunne eventuelle restriksjoner på denne retten.

2.3.3 Rettspolitisk vurdering

Oppgaven reiser flere rettspolitiske spørsmål vedrørende fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse. For at oppgaven ikke skal bli for omfattende, drøftes her kort noen av spørsmålene.

Først og fremst kan man spørre om hvorvidt det foreligger et behov for klarere rettsregler vedrørende fastsettelse av samvær. Bvl. § 4-19 gir rett til samvær, men bestemmelsen inneholder ingen retningslinjer for hvordan samværet skal fastsettes eller hvor hyppig samværene bør være. Det finnes, som nevnt under punkt 1.4, visse retningslinjer i barnevernlovens forarbeider. I tillegg foreligger noen få prinsipputtalelser fra Høyesterett vedrørende hvilke momenter som bør legges til grunn i vurderingen av samværsspørsmålet. Disse momentene har også de utvalgte fylkesnemndsvedtakene henvist til og anvendt. Likevel er den relevante rettspraksis som tar for seg samværsspørsmålet forholdsvis beskjedne og drøftelsene rundt samværsfastsettelsen er korte. På den ene siden kunne det være fordelaktig om samværsbestemmelsen i barnevernloven la visse føringer for fastsettelse av samvær på samme måte som barneloven. På den annen side har samværssaker ofte komplekse saksforhold og det er vesentlig for rettssikkerheten at den instans som skal fastsette samværet gis anledning til en vid skjønnsvurdering. Likevel kunne det, etter min mening, vært formålstjenlig å innta i lovbestemmelsen de mest grunnleggende momenter som forarbeidene anfører er en del av samværsdrøftelsen. Dog slik at den skjønnsbruk § 4-19 åpner for ikke innskrenkes i for stor grad.

Et annet moment som åpner for nærmere diskusjon er hvorvidt samværsordningene slik de fungerer i dag undergraver det faktum at omsorgsovertakelser i utgangspunktet er midlertidige vedtak med sikte på gjenforening mellom barnet og dets biologiske foreldre. Dette har vært diskutert i to artikler av Trude Haugli og Vigdis Bunkholdt under felles tittel ”Samværsrett etter omsorgsovertakelse – til barnets beste eller effektiv hindring av tilbakeføring?”.

Etter min mening gjelder dette for omsorgsovertakelser av små barn. Det fastsettes i mitt utvalg lav samværsfrekvens etter ”behovsretningen”. Dette medfører at når barnet blir eldre har det liten eller ingen tilknytning til sine biologiske foreldre hvilket utelukker tilbakeføring etter bvl. § 4-21. Barnet frarøves her en mulighet til å etablere tilknytning til biologiske foreldre. I de utvalgte fylkesnemndsvedtakene ble det fastsatt samme samværsfrekvens for små barn som for skadede barn.

Samværsfastsettelse etter omsorgsovertakelse av små barn kan, etter mitt syn, undergrave det faktum at omsorgsovertakelse er et midlertidig vedtak.

Man kan også spørre seg hvorvidt samværshyppigheten som blir fastsatt er nok til å ivareta det underliggende formål for samværet. I FNV-2003-143-BUS ble det vedtatt samvær en gang årlig. Formålet var å gi barnet kjennskap til sine biologiske røtter. Etter mitt syn kan ikke samværets formål oppfylles med såpass sjeldent samvær. Jeg viser til Rt. 2001 s.14 hvor Høyesterett uttalte at samvær to ganger årlig ikke anses som godt nok til å gi barnet kjennskap til sitt biologiske opphav.

Formålet med samvær er i de aller fleste tilfeller opprettholdelse av tilknytning mellom foreldre og barn, eventuelt gi barnet kjennskap til eller kunnskap om biologisk opphav. I teorien trenger barnet ikke ha samvær med foreldrene for å ha kunnskap om dem. Kunnskap kan fås ved at barnet blir fortalt om sitt biologiske opphav. Slik sett kan samværshyppigheten settes lavt dersom kunnskap om biologisk opphav er samværets formål og andre hensyn ikke tilsier noe annet.

Likevel er mitt inntrykk etter å ha gjennomgått noe fylkesnemnds- og rettspraksis i barnevernssaker at samvær i de fleste tilfeller fastsettes forholdsvis hyppig og at det er en forholdsmessighet mellom samværets formål og samværshyppigheten.

3 LITTERATURLISTE

- Bunkholdt, Vigdis (2004), *Samværsrett ved omsorgsovertakelse – til barnets beste eller effektiv hindring av tilbakeføring?* Artikkel i barnevernjuridisk forum, Norges barnevern nr. 4
- Detrick, Sharon (1999), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague Boston London: Martinus Nijhoff Publishers
- Eckhoff, Thorstein (2001), *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget, Oslo
- Falck, Sturla og Havik, Toril (2000), *Barnevern og fylkesnemnd*, Kommuneforlaget AS, Oslo
- Haugli, Trude (2000), *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave, Universitetsforlaget AS, Oslo
- Haugli, Trude (2004), *Samværsrett ved omsorgsovertakelse – til barnets beste eller effektiv hindring av tilbakeføring?* Artikkel i barnevernjuridisk forum, Norges barnevern nr. 4
- Havik, Toril (1996), *Samvær mellom fosterbarn og foreldre*, Barnevernets kompetansesenter på Vestlandet, nr. 1
- Hovden, Atle Odd og Kokkersvold, Else (1998), *Tiltak i barnevernet? Lovkommentarer i et barnevernfaglig perspektiv*, Kommuneforlaget AS
- Kjønstad, Asbjørn (red.) (2002), *Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet*, Gyldendal Norsk Forlag AS, Oslo
- Knoph (1998), *Oversikt over Norges rett*, 11. utg., Universitetsforlaget Oslo
- Lindboe, Knut (2003), *Barnevernrett*, 4. utg., Universitetsforlaget AS Oslo
- Loftsgaard, Lotte Pernille og Alstad, Kristin (2003), *Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser i saker om offentlig omsorgsovertakelse av barn*, i Steinar Tjomsland (red.), *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utg., Kommuneforlaget AS, Oslo
- Ofstad, Kari og Skar, Randi (1999), *Barnevernloven med kommentarer*, Ad Notam Gyldendal, Oslo
- Oppedal, Sandberg og Syse (red.), (1994), *Barnevernet og barnevernloven*, Ad Notam Gyldendal, Oslo
- Smith, Lucy (1980), *Foreldremyndighet og barnerett*, Oslo
- Smith, Lucy og Lødrup, Peter (2004), *Barn og foreldre*, Gyldendal Norsk Forlag AS, 6. utg., Oslo

Stang, Elisabeth Gording (1995), *Barns rett til foreldre. Tvangsadopsjon av fosterbarn etter barnevernloven*, Ad Notam Gyldendal, Oslo

Vinnerljung (1996), *Fosterbarn som vuxna*, Arkiv forlag, Lund

Wolkind og Rushton (1994), *Child and adolescent psychiatry. Modern approaches*, 3. utg., Blackwell Science, London

Quinton et al.(1997), *Child Psychology and Psychiatry*, nr. 3, s. 393-413

OFFENTLIGE DOKUMENTER

NOU 1985:18, lov om sosiale tjenester mv., Oslo 1985

NOU 2000:12, Barnevernet i Norge, Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer, Oslo 2000

Ot. prp. nr 44 (1991-1992), om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Innst. O. nr 80 (1991-1992), innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven).

Innst.O. nr 92 (2002-2003), innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av Barnekonvensjonen i norsk lov)

LOVER

Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10

Lov om rettergangsmåten for tvistemål 13. august 1915 nr. 6

Lov om barn og foreldre 8.april 1981 nr. 7

Lov om sosiale tjenester 13. desember 1991 nr. 81

Lov om barneverntjenester 17. juli 1992 nr. 100

INTERNASJONALE KONVENSJONER

Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK), vedtatt 4. november 1950

FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen), vedtatt 20. november 1989

FN-konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), vedtatt 16. desember 1966

FN-konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), vedtatt 16. desember 1966

AVGJØRELSER FRA DEN EUROPEISKE MENNESKERETTSDOMSTOL (EMD)

Olsson mot Sverige, dom 24. mars 1988, serie A nr. 130

Adele Johansen mot Norge, dom 7. august 1996, EMD 24/1995/530/616

RETTSPRAKSIS

Rt. 1998 s. 787

Rt. 1998 s. 1702

Rt. 1999 s. 1883

Rt. 2001 s. 14

Rt. 2002 s. 875

Rt. 2002 s. 908

Rt. 2003 s. 425

Rt. 2004 s. 1046

Rt. 2004 s. 1683

FYLKESNEMNDSPRAKSIS

FNV-2001-589-OSL og FNV-2001-591-OSL

FNV-2002-30-TRO

FNV-2002-144-AGD

FNV-2002-209-HSF

FNV-2003-42-TRL

FNV-2003-61-NOR

FNV-2003-110-NOR

FNV-2003-143-BUS

FNV-2003-301-BUS

FNV-2003-305-BUS

FNV-2004-152-TRL

FNV-2004-159-NOR

FNV-2004-165-ROG

FNV-2004-175-ROG

FNV-2004-218-HSF

FNV-2004-233-OSL

ANNET

Statistisk Sentralbyrå (2005), nettside, 14. april

